Der gesetzliche Eintritt Dritter in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der hohen Juristenfakultät der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Curt Römer
Referendar in Magdeburg.

ACAD. LING. MAT. BIBL.

Magdeburg.
Druck von E. Baensch jun.
1911.

180

Referent: Herr Professor Dr. J. Binder.

Approbiert am 2. Dezember 1910.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Zulässigkeit der Zahlung durch Dritte	9
§ 2.	Geschichtlicher Überblick	12
§ 3.	Voraussetzungen des gesetzlichen Eintritts Dritter in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch	17
§ 4.	Der wirtschaftliche Grund für den gesetzlichen Eintritt des Dritten	20
§ 5.	Theoretische Form des Übergangs kraft Gesetzes	23
§ 6.	Das Verhältnis des Ersatzanspruchs auf Grund des gesetzlichen Übergangs zum Ersatzanspruch auf Grund anderweitiger Rechtsverhältnisse	35
§ 7.	Art und Beschaffenheit des dem Dritten auf Grund des gesetzlichen Eintritts zustehenden Ersatzanspruchs	37
§ 8.	Der Streit über das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder	42
§ 9.	Art des Ersatzanspruchs. Fortsetzung	52
§ 10.	Umfang des Ersatzanspruchs auf Grund des gesetzlichen Eintritts in die Rechte des befriedigten Gläubigers	58
§ 11.	Vergleich zwischen dem gesetzlichen und dem vertraglichen Ersatzanspruch	62
§ 12.	Die Kollisionsklausel	64
§ 13.	Die Kollisionsklausel bei teilweisem Forderungsübergang	70
§ 14.	Die Kollisionsklausel im Falle des Konkurses	76
§ 15.	Die Durchführbarkeit der Kollisionsklausel	81
§ 16.	Schluß	84

Literaturverzeichnis.

Bendix, der gesetzliche Übergang der Rechte, im Archiv für bürgerliches Recht 1905, Bd. 25, Seite 84 ff.

Biermann, das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage 1903.

Boethke, zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem B. G. B., in Gruchot's Beiträgen, Bd. 47, Seite 859/60.

Breit (dieselbe Frage), in Gruchot's Beiträgen, Bd. 48, Seite 283 ff.

Cohn (dieselbe Frage), in der Jur. Wochenschrift 1906, Seite 410 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1. Abt., 4. Auflage 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Auflage 1906.

Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. II, 4. Auflage 1909.

Eisele, Solidarhaftung, im Arch. f. d. zivilist. Praxis, Bd. 77, S. 478 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Ennecerus-Lehmann, das bürgerliche Recht, Bd. I, 2. Aufl. 1901.

Fischer-Henle, Kommentar zum B. G. B., 7. Auflage 1906.

Förster-Eccius, preußisches Privatrecht, Bd. I, 1887.

Hellmann, zur Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in „Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 41, Seite 203 ff.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Auflage, Berlin 1904.

Ihering, Geist des römischen Rechts, II. Teil, 5. Auflage 1894.

Joseph, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 42.

Karsten, die fingierte Zession, 1874.

Klein, ist der Bürge berechtigt und verpflichtet, sich bei der Zahlung die vom Schuldner bestellten Pfänder herausgeben zu lassen? Rost. Diss. 1902.

Kuhlenbeck, von den Pandekten zum B. G. B., 2. Teil, 1. Hälfte 1899.

Lippmann, der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners in „Unger's Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt", Bd. 51 (1904) Seite 180 ff.

Manthey, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 42.

Martinius (dieselbe Frage wie Breit), in der „Deutschen Juristen-Zeitung" 1903, Seite 543/44.

Michelsen, der Forderungsübergang kraft Gesetzes. Rost. Diss. 1901.

Motive (amtl. Ausgabe) zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich, Bd. II, 1888.

Mühlenbruch, die Lehre von der Zession der Forderungsrechte, 2. Auflage 1826.

Neumann's Jahrbücher, I. Bd.

Oertmann, Kommentar, Schuldverhältnisse, I. Teil 1899. 3. und 4. Aufl. 1910.
Oertmann, die Zahlung fremder Schulden, im „Archiv f. d. zivilist. Praxis", Bd. 82.
Planck, Kommentar zum B. G. B., 3. Auflage 1906.
Rehbein, das B. G. B. mit Erläuterungen, Bd. II.
Richter, Bürgschaft keine Schuld, sondern Haftung. Halle, Diss. 1909.
Roth, das Rückgriffsrecht des Bürgen. Rost. Diss. 1903.
Das Recht, 1909.
Savigny, Obligationsrecht, Teil I.
Savigny, System des römischen Rechts, Bd. 5, 1841.
Schollmeyer, der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers. Halle 1877.
Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Auflage 1904.
Seuffert's Archiv, Bd. 32, 35, 62.
Siber, zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht in Jehring's Jahrbüchern, Bd. 50, Seite 55 ff.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, 1897.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B. II. Auflage 1905, Bd. II, 3. und 4. Auflage, 1907, Bd. III.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Bd., 3. Auflage 1898.
Stolzenberg, das Ablösungsrecht des § 268 B. G. B., Erlangen, Diss. 1903.
Strohal, zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach B. G. B. in der „Deutschen Juristen-Zeitung", 1903, Seite 373 ff.
Vischer, die Rückgriffe des Bürgen nach Titel 20, Abschnitt IV des Schweizerischen Obligationsrechts, Zeitschrift für Schweizer Recht, Bd. 7, N. F. Seite 1 ff.
Weißbart, das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Würzburg, Diss. 1899.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II., 8. Auflage 1900, I. 4. Aufl. 1875.
Wolff, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1900.
Zachariae-Crome, Handbuch des frz. Zivilrechts, 8. Aufl. 1894.
Zaun, zur Lehre von der sogen. fingierten Zession, im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, N. F. I. 1864, Seite 11 ff.
Zeitschrift für frz. Zivilrecht Bd. 31.

Außerdem die Entscheidungen des Reichsgerichts, des Kammergerichts und der Oberlandesgerichte in den amtlichen Ausgaben.

Die nur für nebensächliche Punkte benutzte Literatur ist an den betreffenden Stellen im Text angeführt.

§ 1.

Zulässigkeit der Zahlung durch Dritte.

Voraussetzung dafür, daß von einem Eintritt Dritter in Rechte des befriedigten Gläubigers die Rede sein kann, ist, daß für einen Dritten überhaupt die Möglichkeit besteht, den Gläubiger an Stelle seines Schuldners zu befriedigen. Diese Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen einem Dritten dieses Recht eingeräumt werden soll, hat im Laufe der Zeit mannigfaltige Änderungen durchgemacht. Dem starren Festhalten an dem juris vinculum entsprach es, daß im römischen Recht von einem solchen Befriedigungsrecht Dritter nichts bekannt war. Das Rechtsverhältnis bestand vielmehr lediglich zwischen „Gläubiger" und „Schuldner". Ein außerhalb der Vertragsparteien stehender, der „Dritte", konnte in dasselbe nicht eingreifen.

Erst allmählich rang sich das Bewußtsein davon durch, daß auch ein bisher außerhalb des Schuldverhältnisses stehender Interesse daran haben konnte, in dasselbe einzutreten. Und so finden wir schon in den Quellen des entwickelten römischen Rechtes, des klassischen Rechtes, das zur Kaiserzeit galt, daß die Zahlung durch Dritte im allgemeinen zugelassen und anerkannt ist[1]). „Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo. Liberatur enim et alio solvente sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat." Oder 1.53 § I Dig. XII. 6. „Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere." (Gaius).

So steht also auf Grund dieser sicheren Beweismittel fest, daß in der frühesten Kaiserzeit die Zulässigkeit der Zahlung durch Dritte durchgedrungen war. Bestritten war es nur, ob der Gläubiger die Zahlung des Dritten annehmen mußte, d. h. ob die gleichen Rechtsfolgen infolge des Angebotes der Zahlung seitens des Dritten eintreten, wie wenn der Schuldner selbst die Zahlung anbietet, „ob also der Gläubiger in Mora kommt durch Annahmever-

[1]) Vergl. z. Folg. Oertmann, Zahlung etc. S. 367 ff.

weigerung.“ (Oertmann S. 413.) Für die Bejahung dieser Frage sprechen sich die meisten Schriftsteller aus, dagegen nur wenige. (Ausführliche Angabe der Literatur bei Oertmann S. 416 ff.) Und auch die Praxis des gemeinen Rechtes steht wohl auf dem ersteren Standpunkt.

Dieser Grundsatz, daß überall da, wo es auf die Person des Schuldners nicht ankommt, der Gläubiger die von einem anderen angebotene Erfüllung nicht zurückweisen darf, entspricht, dem Gläubiger gegenüber betrachtet, vollkommen der Billigkeit. Denn es wäre ja, wie Schollmeyer[1]) mit Recht bemerkt, eine offenbare Schikane des Gläubigers, wollte er eine Leistung zurückweisen, die ihm alles gewährt, was er auch von seinem Schuldner nur verlangen könnte[2]). — Inwieweit dieser Satz Einschränkungen zu erleiden hat, werden wir weiter unten sehen. —

Die rechtshistorische Entwicklung ist dem gefolgt. Das allgemeine Landrecht sagt im § 43 I 16: „Wer die Schuld eines anderen mit oder ohne Auftrag bezahlt, befreit zwar denselben von den Verbindlichkeiten,“ und weiter im § 51: „Wenn aber beide, der Gläubiger und der Schuldner, der von einem Dritten angebotenen Zahlung widersprechen, so kann dieselbe dem Ersteren nicht aufgedrängt werden.“ Daraus muß man arg. e. contr. schließen, daß der Gläubiger, wenn kein Widerspruch durch den Schuldner erhoben wird, die Leistung annehmen muß.

Dagegen geht das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch nicht so weit: § 1422 „Kann und will ein Dritter anstatt des Schuldners mit dessen Einverständnis nach Maß der eingegangenen Verbindlichkeit zahlen, so muß der Gläubiger die Bezahlung annehmen.“ § 1423: „Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger die Zahlung von einem Dritten nicht aufgedrungen werden.“ Damit ist also gesagt, daß der Gläubiger lediglich dann die angebotene Leistung von einem Dritten annehmen muß, wenn Gläubiger und Schuldner damit einverstanden sind.

Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch geht hingegen weiter: § 690 „Die Erfüllung kann für den Verpflichteten selbst ohne dessen Einwilligung von einem anderen geschehen und es ist der Berechtigte die Erfüllung durch einen anderen anzunehmen verbunden.“

[1]) Schollmeyer Seite 9/10.
[2]) Ebenso Windscheid II § 392.

Für das französische Recht bestimmt Code civil. Art. 1236: „Einer Verbindlichkeit kann der Schuldner durch jeden, der dabei beteiligt ist, z. B. durch einen Mitschuldner oder einen Bürgen, entladen werden. Selbst ein Dritter befreit ihn, wenn er im Namen des Schuldners und für dessen Rechnung zahlt oder für das im eigenen Namen Gezahlte nicht in die Rechte des Gläubigers eintritt."

Dem ist auch im wesentlichen das B. G. B. gefolgt, indem es im § 267 bestimmt, daß jeder Dritte die geschuldete Leistung bewirken kann, ohne daß es der Zustimmung des Schuldners bedarf. Allerdings kann von einem generellen Befriedigungsrecht eines Dritten, das also ausgeübt werden kann gegen den Willen des Gläubigers und Schuldners, nicht die Rede sein. Nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen wird ein solches „Ablösungsrecht" gewährt. Vielmehr macht das Gesetz im § 267 eine wesentliche Einschränkung: Die Art der Leistung muß sich trennen lassen von der Person des Schuldners. In der Regel wird also ein Dritter nicht eintreten dürfen beim Auftrag, beim Dienstvertrag u. a.

Der Gläubiger darf ferner die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.

Aus allgemeinen Gesichtspunkten heraus muß ihm dieses Recht auch dann zustehen, wenn ihm die Leistung vom Dritten anders angeboten würde, als er sie vom Schuldner anzunehmen verpflichtet ist. Also er hat beispielsweise nicht nötig, vom Dritten eine Leistung vor Fälligkeit anzunehmen.

Abgesehen von diesen Einschränkungen kann also auch ein Dritter die Leistung bewirken. Bei weitem mehr wird nun aber dem Dritten in den meisten Fällen darauf ankommen, nicht nur, daß ihm diese Befriedigung des Gläubigers gestattet ist, sondern daß er in irgendeiner Weise einen Ersatz für das von ihm geleistete erhält. Denn daß der Dritte nur in der Absicht zahlt, dem Schuldner damit ein Geschenk zu machen, wird nur in den allerseltensten Fällen vorkommen. Meist wird statt dieses Altruismus ein starker Egoismus die Triebfeder zur Leistung seitens des Dritten sein.

Wie und unter welchen Voraussetzungen nun dieser Ersatzanspruch gewährt wird, dies ist während der Rechtsentwicklung ganz verschieden behandelt. Und es wird wesentlich zum Verständnis der Bedeutung und des Wesens dieser Frage beitragen, wenn ich der Behandlung

nach heutigem Recht, eine kurze geschichtliche Skizze über die Entwicklung dieser Frage vorausschicke.

Gleich hier möchte ich darauf hinweisen, unter welchem Gesichtspunkt ich die mir gestellte Aufgabe hauptsächlich betrachte: Es soll nicht so sehr davon die Rede sein, unter welchen Voraussetzungen ein gesetzlicher Ersatzanspruch Dritter gewährt wird. Diese Fragen sind in den verschiedenen Fällen zu verschiedenartig, um sie unter einem gemeinschaftlichen Gesichtspunkt ausführlicher zu betrachten. Auch sind über diese Voraussetzungen eine Reihe Monographien vorhanden, auf die ich hinweise[1]). Vielmehr soll es meine Aufgabe sein, zu betrachten, wie sich die Ersatzansprüche, wenn einmal die Voraussetzungen dafür vorliegen, gestalten und welches ihre juristische Natur ist. Somit könnte diese Abhandlung eigentlich beginnen in dem Zeitpunkt, wo alle Voraussetzungen für den gesetzlichen Eintritt vorliegen.

Trotzdem ist es m. E. für das Verständnis von Nutzen, wenn ich nach dem geschichtlichen Überblick kurz die Fälle aufzähle, die hier in Betracht kommen und erst dann die sich daraus ergebenden gemeinschaftlichen Folgen betrachte.

§ 2.

Geschichtlicher Überblick.

Betrachten wir, welche Wirkungen hervorgebracht werden, wenn ein Dritter an Stelle des Schuldners an den Gläubiger leistet, so kommen hierbei vor allem zwei Gesichtspunkte in Betracht, einmal: Welchen Einfluß hat die Zahlung auf das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis? Und zweitens: Welchen Einfluß hat es auf das Verhältnis zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner?

Was die erste Frage betrifft, so soll diese, um Wiederholungen zu vermeiden, erst später behandelt werden, und zwar bei dem Kapitel über den theoretischen Charakter des gesetzlichen Eintritts Dritter. Hier soll lediglich kurz angeführt werden, welche Entwicklungsstufen das Verhältnis von Dritten und Schuldner im Laufe der Geschichte durchgemacht hat, insbesondere ob und wann dem Dritten ein Ersatzanspruch gegenüber dem Schuldner gewährt und in welcher Form dies geschehen ist.

[1]) Schollmeyer, Weissbart, Michelsen, Roth, Klein, Zaum u. a.

A. Römisches Recht.

Im ältesten römischen Recht war ein allgemeiner Ersatzanspruch dem Dritten nicht gegeben. Vielmehr standen in diesen einzelnen Fällen besondere Rechtsbehelfe zur Verfügung. So hatte der Bürge das beneficium cedendarum actionum; dies berechtigte ihn, dem Gläubiger die Zahlung solange zu verweigern, bis dieser ihm die ihm zustehende Forderung gegen den Schuldner abtrat.

Also einredeweise mußte er seinen Anspruch mit der exceptio doli geltend machen. l. 36 D. 46, 1: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

Dem Pfandgläubiger stand das jus offerendi et succedendi zu, auf das der heute geltende § 268 B. G. B. zurückzuführen ist, und zwar stand dieses Recht den nachstehenden Pfandgläubigern unbestritten zu, während sehr bestritten war, ob auch die vorgehenden Pfandgläubiger von diesem Recht Gebrauch machen durften[1]). Auch die Wirkungen dieses Ablösungsrechtes waren sehr bestritten. Sein Zweck war vor allem der, dem Erwerber den Besitz zu gewähren und damit das Recht, den Verkauf der Pfandsachen zu betreiben. Ob man auch beim Gesamtschuldverhältnis das benef. ced. actionum zulassen sollte, war bestritten. Sicherlich aber steht fest, daß von einem allgemeinen Ersatzanspruch Dritter kraft cessio legis im römischen Recht nicht die Rede war. Und trotzdem hatte man das Gefühl, daß dem zahlenden Dritten ein Ersatzanspruch gewährt werden müsse, und man hat versucht, ihm diese zu verschaffen. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner gestaltete sich naturgemäß verschieden, je nachdem, ob zwischen beiden vorher ein rechtliches Band vorhanden war oder nicht. War der Dritte dem Schuldner durch Mandat oder Sozietät oder Tutel verpflichtet zur Zahlung an den Gläubiger, so konnte er ja auf Grund dieser Rechtsverhältnisse dem Schuldner das in Rechnung stellen, was er dem Gläubiger auf Grund seiner Vollmacht oder gar auf Grund seines Verpflichtungsverhältnisses zum Schuldner gezahlt hat. Bestand hingegen zwischen diesen beiden kein Rechtsverhältnis, so stand dem Dritten die actio negotiorum gestorum contraria zu, falls die übrigen Voraussetzungen der Geschäftsführung erfüllt sind. Daß diese Rechtsbehelfe dem zahlenden Dritten auf die Dauer nicht genügen konnten, lag auf der Hand. Und doch

[1]) Dernburg I, Seite 695.

hat sich das römische und das gemeine Recht einer gesetzlichen Zession des gezahlten Anspruchs ablehnend gegenübergestellt. Z. B. l. 5. C. 8/42: Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest eo, quod debitam ei quantitatem offerens jus obligationis in te transferri desideras, cum ab eo te nomen comparasse non suggeras, licet solutione ab alio facto nomine debitoris evanescere soleat obligatio.

Man hat sich vor allem deshalb dagegen ausgesprochen, weil man fürchtete, in den inneren Widerspruch zu geraten, daß dieser Anspruch eben erst aus der Tilgung der Schuld entstehe und die Schuld nun dennoch nicht getilgt ist, vielmehr nur ein persönlicher Wechsel stattgefunden hat[1]). Allerdings hat das römische Recht Ausnahmen zugelassen, Ausnahmen, die aber immer nur soweit gingen, daß dem zahlenden Dritten unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Abtretung der actio des Gläubigers zustehe. Den letzten Schritt zur cessio legis selbst hat das gemeine Recht nicht getan.

Weil nun nach der Abtretung dem Dritten die gleichen Rechte zustanden, wie vorher dem Gläubiger, so kam man schließlich dazu, überall da, wo die Zession des Anspruchs erzwingbar war, eine Zession zu fingieren. Dieser Ausdruck „fingierte Zession", der zuerst von Savigny aufgestellt ist, hat viel Streit hervorgerufen[2]), und führte dazu, daß die Fragen nach „Verpflichtung zur Zession" und „Zession" selbst oft bunt durcheinander geworfen wurden.

Streit herrschte vor allem darüber, ob eine Forderung in dem Fall, daß eine Verpflichtung zur Abtretung der Forderung bestand, auch ohne besondere Abtretung ipso jure übergehen konnte oder nicht. Vertreter der ersteren Ansicht war vor allem Savigny, während die Praxis und die meisten Theoretiker dies ablehnten. Noch im gemeinen Recht waren die Ansichten darüber sehr geteilt. Sicherlich war es falsch, die Regel aufzustellen, daß in allen Fällen, in welchem ein Gläubiger zur Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes verpflichtet ist, die Forderung nach gesetzlicher Bestimmung sofort, auch ohne Übertragung von Seiten des Gläubigers, übergegangen sei. (Windscheid II, Seite 339.)

Die einzelnen Fälle, die hier in Betracht kommen, die Gründe der notwendigen Zession, waren im gemeinen Recht sehr verschiedenartig und es ist kaum möglich, sie unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt

[1]) Vergl. Unger, Seite 534.
[2]) Siehe die verschiedenen Meinungen bei Windscheid II, Seite 339.

zusammen zu fassen. (Eine Aufzählung der fraglichen Fälle findet sich bei Mühlenbruch[1]).

Immer aber ist nur von einem Recht auf Abtretung die Rede. Der neue Gläubiger konnte nach der Abtretung mit der actio cessa gegen den Schuldner vorgehen. Diese actio ging allerdings lediglich auf Ersatz in Höhe der tatsächlich gezahlten Forderung, nicht etwa auf Ersatz von Aufwendungen. Dagegen gingen bereits hier die Pfandrechte mit über. L. 11 § 1. C. 8/140: Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut pignus, quod fidus habuit in te transferretur, et si hoc factum est, cessis actionibus uti poteris, quod et in privatis debitis observandum est.

Auch die mit dem Forderungsrecht verbundenen Privilegien mußte der Gläubiger mit abtreten. Und schon damals galt der Satz, daß der Bürge die actio cessa nicht geltend machen durfte, wenn dadurch der ursprüngliche Gläubiger benachteiligt wäre[2]).

Im einzelnen waren die Grundlagen sehr unsicher und erst neuere Gesetzgebungen haben bestimmtere Regeln aufgestellt.

B. Deutsches Recht.

Betrachten wir das germanische Recht, so finden wir auch hier keine fest ausgeprägten Regeln, vielmehr beruhte die Gewährung eines Ersatzanspruches hauptsächlich auf Treu und Glauben.

Mehrere Gesamtschuldner z. B. standen miteinander in engem Treuverhältnis, das auf feierlich gegebenem förmlichen Versprechen beruhte. Zahlte nun einer der Gelobenden das ganze, so hatte er Anspruch auf Ausgleichung von den andern: Ssp. III Art. 85. § 1. Und zwar beruht dieses Regreßrecht auf der Gemeinschaft, auf dem zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Rechtsverhältnis, und hat mit der ursprünglichen Forderung des Gläubigers nichts zu tun.

Von einer cessio ist also hier nicht die Rede.

Wenn ferner der Bürge erfüllte, war eine Abtretung der Forderung nicht nötig, vielmehr trat er ipso jure an die Stelle des Gläubigers. Spätere Gesetze näherten sich jedoch wieder dem römischen Prinzip, etwa dem benef. ced. act. entsprechend[3]).

---

[1]) Mühlenbruch, Seite 394 ff.
[2]) Roth, Seite 57.
[3]) Vergl. Roth Seite 30 und Stobbe-Lehmann III § 239 Anm. 28.

C. Neuere Gesetze.

Was die neueren Gesetzgebungen anbelangt, stehen sie meistens schon auf dem Standpunkt, daß zahlende Dritte mit Befriedigung des Gläubigers unmittelbar an dessen Stelle treten.

So sagt das preuß. A. L. R. T. 16 § 46: „Überhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner auch ohne ausdrückliche Zession in die Rechte des bezahlten Gläubigers."

Ein wesentlicher Fortschritt gegenüber dem gemeinen Recht! Und doch hat diese cessio legis noch nicht den Umfang angenommen, der ihr heute zukommt.

Denn durch die ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 47. 48. l. c. ist festgesetzt, daß die mit der Forderung verbundenen Neben- und Beirechte erst der Zession bedürfen, ehe sie der neue Gläubiger geltend machen kann.

Allerdings kann diese Zession erzwungen werden, aber sie kann nicht übergangen werden. Hat sie nicht stattgefunden, so kann der Dritte seine Rechte betreffs der Beirechte nicht geltend machen. Ausdrücklich erwähnt ist diese cessio legis noch bei der Bürgschaft, der Bürge hat neben einem etwa bestehenden Regreßanspruch schon auf Grund der Befriedigung des Gläubigers die Stellung desselben, ja er kann sogar ausdrücklich Zessionserklärung von ihm verlangen[1]).

Nach anderer Richtung hin macht das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch eine Einschränkung. § 955 „Wird ein Gläubiger von einem Dritten an der Stelle des Schuldners befriedigt und hat der Dritte sich vor oder bei der Befriedigung die Abtretung der Forderung ausbedungen, so ist die Forderung mit der Befriedigung ohne weiteres als dem Dritten abgetreten, anzusehen."

Also auch hier cessio legis, allerdings mit der wesentlichen Einschränkung, daß diese cessio legis erst durch Willenserklärung des Zahlenden herbeigeführt werden muß.

Am vollkommensten ausgebildet ist die cessio legis im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1358 bestimmt: „Wer die Schuld eines anderen bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe auszuliefern." Hier wird

[1]) A. L. R. I. 14. § 339.

also ganz allgemein jedem Dritten mit der Befriedigung Eintritt in die Rechte des Gläubigers gewährt. Ebenso stellt das Schweizer Recht an die Spitze des Abschnittes, der vom Rückgriff des Bürgen handelt, den Satz „auf den Bürgen gehen die Rechte des befriedigten Gläubigers über." Artikel 504. (Vischer S. 6.)

Kurz zu erwähnen ist noch das französische Recht Code civile Art. 1251: „Kraft des Gesetzes tritt in die Rechte des Gläubigers . . . derjenige, dem, weil er mit anderen oder für andere die Schuld zu zahlen hatte, daran gelegen war, daß sie getilgt wurde."

Dagegen macht Art. 1259 die wichtige Einschränkung: „Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers kommt einem Dritten nur zu gut, wenn ein Vertrag oder Gesetz ihn begründet."

Wir sehen also, ein mannigfaches Bild von verschiedenartigen Rechtsgrundsätzen liegt vor uns. Und aus dieser Reichhaltigkeit der verschiedenen Ansichten erklärt sich auch die Entstehung unseres Bürgerlichen Gesetzbuches.

Auf die verschiedenen Phasen, die die hier fraglichen Bestimmungen in den Kommissionsberatungen durchgemacht haben, soll hier nicht näher eingegangen werden. Nur kurz sei erwähnt, daß selbst in den Entwürfen zum Bürgerlichen Gesetzbuch noch Schwankungen darüber herrschten, ob man eine dem benef. ced. actionum entsprechende Regelung eintreten lassen wollte, oder ob die cessio legis durchdringen sollte.

§ 3.

Voraussetzungen des gesetzlichen Eintritts Dritter in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Anknüpfend an die überlieferten Rechtszustände hat das Bürgerliche Gesetzbuch einen Mittelweg eingeschlagen. Wie wir bereits oben gesehen haben, kann zwar jeder Dritte an den Gläubiger eines andern leisten, einen Ersatzanspruch erlangt er jedoch aus der Befriedigung heraus unmittelbar nicht. Nur in den Fällen, in denen der Dritte ein vorherrschendes Interesse daran hat, daß er den Gläubiger befriedigen darf, ein Interesse, das von der Rechtsforderung geschützt und unterstützt zu werden verdient, erlangt er ein Recht auf Ersatz unmittelbar dadurch, daß er an den Gläubiger leistet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es indes vermieden, einen solchen Satz in dieser Allgemeinheit aufzustellen. Es hat vielmehr die Fälle, in denen dem Dritten ein Ersatzanspruch dem Schuldner gegenüber kraft des Gesetzes gewährt werden soll, genau umschrieben.

Man kann darüber streiten, ob diese Kasuistik ein glücklicher Gedanke des Gesetzgebers war. Indes da sie einmal da ist, müssen wir daraus schließen, daß ein gesetzlicher Ersatzanspruch nur in diesen genau bestimmten Fällen stattfindet, daß also eine extensive Interpretation hier nicht Platz greifen kann.

Das Gesetz gibt in allen diesen Fällen dem Dritten ein Recht, den Gläubiger zu befriedigen, sei es nun, daß es ausdrücklich sagt, der Dritte „ist . . . . berechtigt," (so § 268) oder aber, es drückt diese Berechtigung implicite dadurch aus, daß es von den Folgen spricht. (Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er befriedigt . . . .). Also auch hier ist der Dritte „berechtigt."

Was heißt das?

Nun es bedeutet vor allem dem Gläubiger gegenüber, daß er sich dem Dritten gegenüber ebenso zu verhalten hat, wie seinem Schuldner gegenüber, sonst gerät er hier ebenso in Verzug wie dort. Dieselben Rechtsfolgen treten für ihn ein, wenn der Dritte leistet wie wenn der Schuldner dies tut. Der Gläubiger darf mithin in diesen Fällen, im Gegensatz zu § 267 die Leistung des Dritten nicht zurückweisen.

Wenn wir nun im einzelnen kurz die Fälle, um die es sich hier handelt, betrachten, so wollen wir, in ihrer Zusammenfassung von dem Umfang des Interesses ausgehen, das der Dritte daran hat, daß er den Gläubiger befriedigt. Wie wir später sehen werden, ist davon abhängig der Umfang seiner Ersatzforderung.

a) Das größte Interesse an der Befriedigung eines Gläubigers hat der Dritte naturgemäß in den Fällen, in denen er von vornherein selbst Schuldner ist, beim Gesamtschuldverhältnis.

Der „Dritte" ist hier von vornherein selbst Schuldner, nur im Verhältnis zu seinen Mitschuldnern ist er „Dritter". Soweit er nun den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über (§ 426; ebenso ist es bei Mitbürgen gemäß § 774/2, dagegen gehört, wie wir später sehen werden, der § 1173 — Gesamthypothek — nicht hierher).

Wie weiter unten auszuführen sein wird, ist dies die einzige Gruppe von Fällen, in der der Ersatzanspruch von dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ausdrücklich abhängig gemacht.

b) Eine zweite Gruppe, die hier zu betrachten ist, sind die Fälle, wo der „Dritte" zwar auch von vornherein mitverpflichtet ist, wo er aber nur subsidiär in Betracht kommt, also sozusagen Nebenschuldner ist.

Das ist der Fall beim Bürgen (§ 774) und dementsprechend beim Realbürgen (§§ 1143, 1225) ferner bei der Unterhaltungspflicht der Verwandten untereinander und der Eltern gegenüber dem Kinde. (§§ 1606 und 1709.) Der Dritte zahlt hier zwar seine eigene Schuld, aber in und mit ihr zugleich eine fremde. Als Zahler einer nur fremden Schuld kann man ihn nicht auffassen. Er tritt zwar für eine fremde Schuld ein, aber nachdem er sich einmal verpflichtet hat — bezw. gesetzlich dazu verpflichtet ist —, dieselbe zu zahlen, hat er eine eigene Schuld auf sich genommen und sie will er in der Zahlung zunächst begleichen, um mit ihr allerdings auch die Hauptschuld dem Gläubiger gegenüber zu tilgen. So ist seine Zahlung die einer zwar materiell fremden, aber formell eigenen Schuld. (Oertmann, die Zahlung fremder Schulden. S. 367 ff.)

In allen diesen Fällen, wo der Dritte berechtigt, meistenteils sogar verpflichtet ist, an Stelle des Hauptschuldners zu leisten, läßt ihn das Gesetz eintreten in die Rechte des befriedigten Gläubigers, und gewährt ihm somit kraft Gesetzes einen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner.

c) In den bisher erwähnten Fällen stand der Dritte stets in irgendeinem rechtlichen Verhältnis zu dem Gläubiger oder Schuldner. In einem Fall aber gestattet das Gesetz allgemein jedem Dritten das Befriedigungsrecht des Gläubigers mit nachfolgendem Eintritt in seine Rechte: jeder Dritte, der durch die Zwangsvollstreckung des Gläubigers in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand an diesem Rechte zu verlieren Gefahr läuft, ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen.

Das sind die sieben Fälle, in denen der zahlende Dritte kraft Gesetzes in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintritt. Erforderlich ist stets, daß der Gläubiger vollständig befriedigt wird, sei es durch Erfüllung oder Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme oder durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Dritten. (Nur in einzelnen Fällen!)

Ob der Forderungsübergang auch stattfindet, wenn der Dritte beweist, daß der Gläubiger ihm, und zwar nur ihm allein, die Forderung erlassen hat, ist bestritten.

Richtig ist wohl, wenn man sagt: wenn der Gläubiger dem Dritten die Schuld erläßt, so liegt keine Befriedigung des Gläubigers vor. Die Forderung kann somit auch nicht übergehen. Will also der Gläubiger dem Dritten die Forderung zuwenden, muß er sie ihm abtreten. (Ebenso Planck Anm. 3b zu 774.)

(A. m. Oertmann Anm. 2 zu § 774: „Der Vorgang ist so aufzufassen, als ob der Gläubiger die Summe vom Bürgen erhoben und sie ihm dann unmittelbar in Schenkungsabsicht zurückgegeben hätte.")

Dies ist m. E. falsch. Denn einmal läßt sich doch sehr wohl der Fall denken, daß der Gläubiger den Bürgen von seiner Verbindlichkeit zwar befreien will, ohne ihm indessen einen Anspruch gegen den Hauptschuldner geben zu wollen, vielmehr in der Absicht, daß dieser auch fernerhin noch an ihn, den Gläubiger, zahlt. Und außerdem steht ja in dem Augenblick, wo der Gläubiger dem Bürgen die Schuld erläßt, vielleicht noch gar nicht fest, daß der Bürge jemals in Anspruch genommen wird. Der Schuldner zahlt möglicherweise an den Gläubiger und die Schenkung an den Dritten wäre illusorisch. Und wie für den Bürgen, so gilt dies entsprechend für jeden Dritten.

Somit wird man von einem Übergang der Forderung kraft Gesetzes hier nicht reden können. Vielmehr muß, wenn der Dritte die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner geltend machen will, zu dem Erlaß notwendigerweise die Abtretung der Forderung hinzukommen[1]).

§ 4.

Der wirtschaftliche Grund für den gesetzlichen Eintritt des Dritten.

Das gemeinschaftliche Moment, das bei den soeben aufgezählten sieben Subrogationsfällen vorhanden ist, ist das Interesse, das der Dritte daran hat, daß, wenn er einmal für den Schuldner gezahlt hat

bezw. hat zahlen müssen, er die Möglichkeit hat, für diese seine Leistung Ersatz zu verlangen.

Allerdings gibt es eine ganze Reihe von anderen Fällen, wo dies auch der Fall ist. Indes zeichnen sich diese sieben Fälle dadurch aus, daß bei ihnen das Interesse auf Ersatz so groß ist und der Billigkeit so entspricht, daß es vom Gesetz besonders geschützt und unterstützt zu werden verdient. Dieser Gesichtspunkt, dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt ist der Grund dafür gewesen, daß für die erwähnten Fälle ein besonderer Ersatzanspruch statuiert wird, ein Ersatzanspruch, der, wie wir sehen werden, neben einen etwa schon bestehenden Anspruch tritt, und dessen juristische Natur und Ausgestaltung eigenartig vom heutigen Recht geregelt ist.

Betrachten wir näher den ersten Punkt, warum der Gesetzgeber diesen besonderen Ersatzanspruch geschaffen hat, so ist davon auszugehen, wie es sein würde, wenn das Gesetz diese besonderen Bestimmungen nicht aufgenommen hätte, wenn es also etwa gesagt hätte: In dem und dem besonderen Fall hat ein Dritter das Recht, einen anderen zu befriedigen, so, daß der andere (der Gläubiger) dies nicht ablehnen darf, ohne daß aber die Rede von einem gesetzlichen Übergang wäre.

In diesem Fall wären wir zwar weiter, was die Voraussetzungen anbetrifft, als im Fall des § 267, aber die Wirkungen wären die gleichen: Maßgebend für einen Ersatzanspruch des Dritten gegenüber dem Schuldner ist das zwischen beiden schon bestehende Innenverhältnis, also beispielsweise die Vorschriften des Auftrags oder des Gesellschaftsvertrages, z. B. ein Bürge verbürgt sich auftragsweise für einen andern, oder ein Gesellschafter zahlt für seinen Mitgesellschafter. (§§ 662ff., 705ff.)

Diese Verhältnisse können so mannigfacher Art sein, daß hier nicht alle aufgeführt werden können.

Besteht nun ein solches Vertragsverhältnis, so kann der Dritte daraus seine Rechte ja meistenteils erfolgreich geltend machen.

Wie aber, wenn der Dritte von vornherein nichts mit dem Schuldner zu tun gehabt hat? Wenn ein Vertragsverhältnis zwischen beiden gar nicht bestanden hat? Das wird z. B. meist der Fall sein im Falle des § 268, wenn ein Dritter den Gläubiger befriedigt, der die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand betreibt und dadurch den Dritten der Gefahr aussetzt, ein Recht an dem

Gegenstande oder den Besitz daran zu verlieren. In diesem Fall besteht zwischen dem Dritten und dem Schuldner von vornherein meist kein Vertragsverhältnis, kraft dessen jener berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen. Er würde vielmehr nur auf die Klage aus auftragloser Geschäftsführung oder auch aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen sein. Ob er damit aber immer durchdringen kann, ist sehr die Frage.

Allerdings wird bei Seuffert ein dahin gehender Grundsatz aufgestellt: (Seuff. 35/75.) „Wenn auch die Bezahlung einer fremden Schuld nicht schlechthin und unter allen Umständen eine nützliche Geschäftsführung darstellt, so ist es doch nicht zu weit gegangen, wenn in der bewirkten Entlastung des Schuldners eine solche solange gefunden wird, als nicht besondere Umstände die Zahlung als nicht im Interesse des Schuldners liegend erscheinen lassen."

Im allgemeinen dringt jedoch die Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag sehr oft nicht durch. Der Schuldner kann einwenden, der Dritte habe das Geschäft nicht so geführt, wie es das Interesse des Schuldners verlange, er habe vielleicht sogar gegen seinen Willen gehandelt.

Ja, der Schuldner kann auch gegen den Dritten Ansprüche aller Art auf Grund des § 678 geltend machen, — kurz, in vielen Fällen wird dem Dritten nicht ausreichend gedient sein mit einer selbständigen Geltendmachung seiner Ersatzforderung. Und noch schwieriger wird er seine Ansprüche zur Durchführung bringen können auf Grund der Behauptung, der Schuldner sei ungerechtfertigt bereichert. Der § 814 des Bürgerlichen Gesetzbuches wird ihm meist entgegenstehen.

Um diese Mißstände und Unbequemlichkeiten für den Dritten zu beseitigen, um ihn, der seine Vermögenslage z. T. im eignen Interesse, hauptsächlich aber zugunsten des Schuldners verschlechtert hat, möglichst einfach die ihm nach dem Rechtsgefühl zustehenden Ersatzansprüche zu gewähren, hat das Gesetz den besonderen gesetzlichen Übergang der Forderung des Gläubigers auf den Dritten und damit für diesen einen besonderen Ersatzanspruch geschaffen. Der Dritte erfüllt regelmässig eine ihm materiell fremde Verbindlichkeit. Die Leistung, die für einen anderen erfolgt, soll auch von diesem getragen werden.

Ohne den gesetzlichen Ersatzanspruch wäre der Dritte gezwungen, nach den allgemeinen Grundsätzen Ersatz zu verlangen. Jetzt hat er

eine weitere Möglichkeit: Geltendmachung seines Ersatzanspruches auf Grund des gesetzlichen Forderungsübergangs.

§ 5.

Theoretische Form des Übergangs kraft Gesetzes.

In allen hierher gehörigen Fällen sagt das Gesetz: „Die Forderung geht über." Damit ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß dieser Übergang der Forderung kraft des Gesetzes streng zu unterscheiden ist von den Fällen, in denen der Gläubiger kraft Gesetzes zur Abtretung verpflichtet ist. (Z. B. § 255.) Ganz anders sind auch die Fälle geartet, wo eine Person unmittelbar durch einen Dritten Rechte erwirbt. (Z. B. §§ 164, 1381, 1646, auch H. G. B. §§ 25, 28 kommen hier nicht in Betracht.) Vielmehr muß stets daran festgehalten werden, daß die Fälle des gesetzlichen Eintritts Dritter in die Rechte des befriedigten Gläubigers eine besondere Gruppe in der Reihe der Fälle bilden, wo die cessio legis zur Anwendung gelangt. (Andere Fälle von cessio legis z. B. §§ 1438, 571, 738, 999/1.)

Man faßt diese Gruppe zusammen unter dem Namen „Subrogations-Fälle"[1]) und versteht darunter — im engeren Sinne — eben alle die Fälle, wo der Übergang der Rechte eines Gläubigers auf den befriedigten Dritten kraft Gesetzes eintritt.

Über die rechtliche Natur dieser Subrogation, vor allem darüber, wie man sich das Zustandekommen des Anspruchs des Dritten vorzustellen hat, ist lebhaft gestritten.

Die Theorie hat sich mit dieser Frage eingehend beschäftigt und auch heute noch sind die Meinungen in der Literatur sehr verschieden.

Wie wir gesehen haben, sind dem alten römischen Recht Subrogations-Fälle unbekannt. Es kommt also für den damaligen Rechtszustand die Frage nach der Natur des gesetzlichen Übergangs nicht in Frage. Trotzdem wurde schon von Paulus auf die Anomalie hingewiesen, wie es überhaupt möglich sei, daß eine durch Erfüllung getilgte Forderung auf einen neuen Gläubiger übergehen könne. (Vergl. l. 36 D. 46. 1.) Er suchte dies dadurch zu beseitigen, daß er in der Zahlung durch den Dritten gewissermaßen einen Kaufpreis sah, er fingierte also einen Kauf (quodammodo).

[1]) So die Motive II.

Und dieser Ansicht haben sich eine Reihe namhafter Gelehrter angeschlossen. Erkannt und gebilligt ist diese Ansicht vor allem von Ihering.

„Wenn die Jurisprudenz einmal den Satz aufstellt, daß die Obligation durch Zahlung untergeht, so muß es als ein juristisches Unding erscheinen, daß der Gläubiger nach erhaltener Zahlung die Klage noch zedieren kann. Nichtsdestoweniger erkennt das Recht eine Zession des Gläubigers an den Bürgen nach geleisteter Zahlung als möglich an. Auch hier kann die Wissenschaft sich nicht beruhigen, daß es einmal so Rechtens sei, sondern entweder muß sie jenen Satz fallen lassen, oder aber wenn sie dies nicht will oder kann, einen Gesichtspunkt suchen, der den Widerspruch beseitigt, ihn als einen bloß scheinbaren hinstellt, und das ist von den römischen Juristen in einer höchst ungezwungenen, überzeugenden Weise bewerkstelligt worden. Die Zahlung des Dritten ist nämlich unter den Gesichtspunkt eines Kaufs der Forderung gebracht worden." (Ihering II, Seite 376.)

A. Die „Kauftheorie".

Im gemeinen und im preußischen Recht hat diese Meinung in der Literatur viele Anhänger gefunden, in der Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch findet sie sich nicht.

Daß dieser Gedanke, es handle sich hier um einen Kauf zwischen dem Dritten und dem Gläubiger, nicht ohne Bedeutung ist, geht daraus hervor, daß er auf das energischste bekämpft worden ist.

Man hat sowohl juristische Gründe als auch vieles andere gegen die Auffassung, daß es sich hier um einen Kauf handle, geltend gemacht, sodaß es sich lohnt, näher darauf einzugehen. Wie bereits erwähnt, ist diese Ansicht schon unter den römischen Juristen aufgetaucht. Man suchte auf diese Weise darüber hinwegzukommen, daß es doch nicht angängig sei, daß die Forderung getilgt und doch noch erworben würde.

Und bis heute hat die Theorie eines Kaufes Geltung behalten. Wenn wir nun zuerst darauf eingehen, was denn eigentlich nötig ist, wenn diese Theorie richtig sein soll, so ergibt sich, daß damit gesagt ist: Zwischen dem Dritten und dem Gläubiger liegt ein Vertrag vor und dieser Vertrag ist ein Kaufvertrag. Welche Konsequenzen daraus gezogen werden müssen, darüber später.

Wie steht es nun mit dieser Vertragsnatur zwischen dem Dritten und dem Gläubiger? Liegen übereinstimmende Willenserklärungen

zwischen beiden vor? Um dies zu erfahren, wollen wir prüfen, was denn auf Seiten des Dritten für eine Willenserklärung hervortritt. Er wird durch irgendwelche Umstände veranlaßt, den Gläubiger zu befriedigen. Mit dieser Befriedigung will er unmittelbar nur erreichen, daß der Gläubiger sich nicht mehr an den Schuldner hält, und dieses kann er ja stets erreichen. Der Gläubiger würde in Verzug kommen, wenn er nicht annehmen wollte.

Der Gläubiger nimmt nun die Leistung an und sagt damit stillschweigend: Ich bin damit einverstanden, daß du an mich leistest. Er nimmt damit den vom Dritten gemachten Antrag an und schließt dadurch mit ihm einen Vertrag, der allerdings dadurch sich schon von anderen Verträgen unterscheidet, daß sein Inhalt von vornherein fest im Gesetz niedergelegt ist.

So kommen wir dazu, daß in dem Falle, wo sich Dritter und Gläubiger einig sind, daß jener an diesen zahlt, daß er ferner die Forderung erwerben will und der Gläubiger damit einverstanden ist, — daß dann von einem Vertrag zwischen beiden die Rede sein kann.

Wie aber, wenn diese Einigkeit nicht zwischen beiden herrscht? Sind dann die Folgen andere, geht dann die Forderung nicht über?

Gesetzt den Fall, der Gläubiger ist überhaupt nicht damit einverstanden, daß der Dritte zahlt. Nützt ihm denn das etwas? Nein! Er würde in Verzug geraten, genau so, als ob der Schuldner selbst ihm die Zahlung anböte.

Der Dritte hat eben kraft Gesetzes ein Recht darauf, den Gläubiger befriedigen zu dürfen. Man kann nicht soweit gehen, zu behaupten, der Gläubiger wäre trotzdem frei in seiner Willensbetätigung: er brauche ja nur darauf zu verzichten, die Rechte gegen den Schuldner weiter geltend zu machen, auf Grund deren der Dritte von seinem Befriedigungsrecht Gebrauch macht. Allein man wird soviel Selbstlosigkeit vom Gläubiger wohl kaum erwarten, geschweige denn verlangen können.

Ein freier Wille des Gläubigers ist also nicht nötig, damit die Forderung übergeht. Ja, selbst wenn er nicht damit einverstanden wäre, daß die Forderung übergeht, wäre auch das einflußlos: Selbst gegen seinen Willen würde sie der Dritte kraft Gesetzes erwerben.

Dies allein spricht schon gegen einen Vertrag[1]).

[1]) Ebenso Roth, Seite 44.

Wie steht es nun mit dem Dritten?

Wie bereits erwähnt, wird er durch die Befriedigung des Gläubigers unmittelbar nur bezwecken, daß er diesen befriedigt. Welchen Zweck er dabei verfolgt, wird vom einzelnen Fall abhängen: Bei § 268 will er die Zwangsvollstreckung abwenden, in den anderen Fällen in der Regel sich befreien von seiner Schuld. Erst nachdem er dies erreicht hat, entsteht für ihn die weitere Frage: Wie erhalte ich Ersatz für das im Interesse des Schuldners geleistete?

Also ein bestimmter Wille, die Forderung zu erwerben, braucht nicht notwendig vorhanden zu sein, ganz ohne diesen vollzieht sich der Forderungsübergang. Unmittelbar dadurch, daß die den Übergang bedingenden Tatsachen erfüllt sind, geht die Forderung über.

Geht sie auch über gegen seinen Willen? Man wird allerdings bei ausdrücklicher Erklärung des Dritten, er verzichte auf den Übergang der Forderung, sagen müssen, daß man jemandem nichts aufdrängen kann, was er nicht erwerben will. Immerhin möchte ich aus dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen, daß die Forderung auch in diesem Falle übergeht. Der Dritte ist ja nicht verpflichtet, die Forderung geltend zu machen. Ob man im einzelnen Falle dem Schuldner das Recht einräumen kann, bei ausdrücklichem Verzicht des Dritten auf den Erwerb der Forderung die Erfüllung derselben zu verweigern, hängt von den Umständen im einzelnen Falle ab.

Somit haben wir gesehen, daß der Übergang der Forderung sich vollzieht, ohne daß irgendein Wille auf beiden Seiten hervorzutreten braucht, ja selbst gegen den Willen beider Parteien.

Von einem Vertrage kann also m. E. keine Rede sein.

Denn es fehlt das Hauptmerkmal dafür: Der freie Willensentschluß auf beiden Seiten, zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Ohne diese ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Vertrag nicht denkbar, und es ist nicht einzusehen, warum gerade in unserem Fall eine abweichende Behandlung eintreten soll. Daraus, daß in einzelnen Fällen aus den stillschweigenden übereinstimmenden Willenserklärungen ein Vertrag konstruiert werden kann, darf nicht geschlossen werden, daß stets ein Vertrag vorliegen muß. Vielmehr haben wir gesehen, in den meisten Fällen liegen übereinstimmende Willenserklärungen nicht vor und der Forderungsübergang vollzieht sich trotzdem. Die Konstruktion eines Vertrages ist somit unnötig, sie entspricht ja in den meisten Fällen nicht den Tatsachen.

Da wir nun gesehen haben, daß von einem Vertrage nicht die Rede sein kann, fällt damit auch die Ansicht, daß es sich um einen Kaufvertrag handle und es würde sich eigentlich erübrigen, noch näher darauf einzugehen.

Bei der eingehenden Behandlung, die dieser Frage zuteil geworden ist, sollen jedoch der Vollständigkeit halber, kurz die Gründe angeführt werden, die sich speziell gegen einen Kaufvertrag richten.

Wenn wir die §§ 426, 774 betrachten, in denen doch der Dritte selbst als Schuldner vom Gläubiger in Anspruch genommen werden kann, so würde sich, wenn man annimmt, daß es sich um einen Kauf handle, ergeben, daß der Dritte dem Gläubiger auch seine gegen ihn selbst gerichtete Forderung abkaufe, — eine juristische Konstruktion, die sich nicht halten läßt.

Juristisch interessant sind auch die Argumente, die Weißbart[1]) gegen die Annahme, es handle sich hier um einen Kauf, geltend macht. Er führt folgendes aus: Nach §§ 1143, 1144 des Bürgerlichen Gesetzbuches kann der nichtschuldnerische Eigentümer eines hypothekarisch belasteten Grundstückes mit der Befriedigung des Gläubigers die Hypothek nach seiner Wahl löschen lassen oder das Grundbuch berichtigen.

Würde man nun annehmen, es läge ein Kauf der Forderung vor, so könnte der Dritte als Eigentümer der Forderung und damit gemäß § 1153 als Hypothekengläubiger schon nach §§ 895 ff. die Ansprüche auf Grundbuchberichtigung geltend machen bezw. nach § 875 die Hypothek zur Löschung bringen.

Der § 1144 wäre somit ganz überflüssig.

Ferner sieht Weißbart (S. 48) „einen ganz unwiderleglichen Beweis“ für seine Ansicht im § 1164 des Bürgerlichen Gesetzbuches, wo dem persönlichen Schuldner mit Befriedigung des Gläubigers die Hypothek zukommt, allerdings nur in der Höhe — was Weißbart nicht erwähnt —, in der er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann.

Wenn nun der persönliche Schuldner seine Schuld getilgt habe, so bestehe trotzdem seine Schuld als Forderung gegen den Eigentümer weiter.

Dabei übersieht Weißbart aber, daß die persönliche Forderung und die Hypothek etwas ganz verschiedenes ist.

[1]) Weißbart, Seite 47.

Die persönliche Forderung erlischt allerdings, aber nicht die dafür haftende Hypothek. Dies geht aus dem Wortlaut des § 1164 deutlich hervor.

Denn während das Bürgerliche Gesetzbuch in anderen Fällen stets vom Übergang der Forderung redet, ist hier ausdrücklich nur vom Übergehen der Hypothek die Rede. Diese aber erwirbt der zahlende persönliche Schuldner. Deshalb kann in diesem Falle der zahlende persönliche Schuldner auch nicht auf Grund des Überganges der Forderung seinen Ersatzanspruch gegenüber dem Grundstückseigentümer geltend machen, vielmehr kann er dies lediglich auf Grund eines außerhalb dieses Überganges zwischen ihm und dem Eigentümer bestehenden Rechtsverhältnisses, eben nur „insoweit er von diesem Ersatz verlangen kann."

Übrigens arg. e. contr. ein Beweis für die Richtigkeit meiner Ausführungen betreffs des Übergangs kraft Gesetzes in den übrigen Fällen!

Für diesen Ersatzanspruch erlangt er auf Grund des § 1164 nur eine Sicherung, und zwar ist diese Bestimmung notwendig deshalb, weil bei ihrem Fehlen gemäß § 1163 die Hypothek auf den Eigentümer übergehen würde.

Aus dieser Ausnahmebestimmung allein läßt sich jedoch kein Argument gegen die Annahme, es handle sich um einen Kauf, herleiten, wie es Weißbart „unwiderleglich" festgestellt haben will.

— Auf die Streitfragen, die sich auf Grund des § 1164 ergeben haben, näher einzugehen, verbietet der Rahmen dieser Arbeit. (Vergl. Planck, Anm. 3.) —

Richtiger sind die Ausführungen Stolzenbergs[1]). Er sagt; wenn man hier von einem Kauf reden wollte, würde der Übergang selbst ja die Erfüllung desselben bedeuten. Der Vertrag selbst, der doch gemäß § 433 des Bürgerlichen Gesetzbuches („Kaufvertrag") Voraussetzung dafür ist, müßte demnach fingiert werden.

Wenn er aber weiter als Gegengrund geltend macht, daß der Gläubiger dem Dritten, falls Kauf vorläge, nach § 437 des Bürgerlichen Gesetzbuches mindestens für Verität der Forderung haften müsse, während diese doch gemäß Abs. 3 Satz 2 des § 268 ausgeschlossen sei, so ist das nicht durchgreifend. Denn gerade diese Ausnahmebestimmung kann ebensogut als Beweis dafür angesehen

[1]) Stolzenberg, Seite 77.

werden, daß im übrigen die Regeln eines Kaufvertrages Platz greifen sollen.

Durchaus beizustimmen ist dagegen der Meinung Hellmanns (S. 238), der auf § 1173 Satz 2 des 1. Absatzes hinweist.

Denn in diesem wird gerade der rechtsgeschäftliche Erwerb des Gläubigerrechts („wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird") der Befriedigung des Gläubigers gegenübergestellt. Wollte man annehmen, daß durch die Befriedigung der Schuldner dem Gläubiger die Hypothek abkaufe, mithin ein Vertrag zwischen beiden vorliege, so würde im gleichen Paragraphen der gleiche Rechtsgrund bezüglich des Erwerbs der Forderung zweimal behandelt sein. (Ebenso Stolzenberg, S. 79.)

Wenn nun auch diese hier aufgeführten Meinungen juristisch feiner sind, als die von mir dargelegte: M. E. kommt man am besten zur Abweisung der Meinung, daß es sich um einen Kaufvertrag handle, auf Grund der Tatsache, daß von einem Vertrage überhaupt keine Rede sein kann. Dann kommt man von selbst zu der hier vertretenen Ansicht!

Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß die Forderung vom Dritten auch animo emendi erworben werden kann. Dazu ist aber nötig, daß Gläubiger und Dritter einig sind; es finden in diesem Falle dann natürlich nicht die Bestimmungen Anwendung, die bei der cessio legis gelten, vielmehr gelten lediglich die Bestimmungen über die Abtretung kraft Vertrages.

B. Die Planck'sche Enteignungstheorie.

Von anderen aufgestellten Theorien ist zuerst die von Planck[1]) aufgestellte zu erwähnen. Er sagt, der Erwerb der Forderung durch den Dritten habe den Charakter eines Enteignungsrechtes, ohne allerdings ein solches zu sein. Damit will er wohl sagen, daß das Recht des Dritten, den Gläubiger zu befriedigen, den Charakter eines solchen Enteignungsrechts hat, während der Übergang selbst eine Folge davon ist.

Auf den ersten Blick hat diese Ansicht viel für sich: der Gläubiger wird gezwungen, die Forderung fallen zu lassen und der Dritte

[1]) Planck, Anm. 6 zu § 268.

erwirbt sie. Als Gegenleistung erhält der bisherige Gläubiger das, was ihm gebührt.

Aber wenn wir wieder davon ausgehen, daß der unmittelbare Erfolg, den der Dritte erstrebt, nicht der Erwerb der Forderung ist, vielmehr die Befriedigung des Gläubigers und dadurch herbeigeführte andere Folgen, so müssen wir doch dazu kommen, daß der Charakter des Enteignungsrechtes ein ganz anderer ist. Bei ihm ist gerade umgekehrt der unmittelbare Wille einzig und allein auf den Erwerb des enteigneten Objekts gerichtet, erst in zweiter Linie ist möglicherweise ein anderer Erfolg angestrebt. Aber auch aus dem ganzen Charakter des heutigen Enteignungsrechts[1]) ergibt sich das Unhaltbare dieser Ansicht. Denn die Enteignung ist heute nur zulässig im öffentlichen Interesse unter ganz bestimmten Voraussetzungen, und zwar hauptsächlich in der Form der Entziehung des Eigentums an Grundstücken. Dazu ist ein besonderes Verfahren nötig; Feststellung eines Enteignungsplans, der Entschädigung — die doch hier von vornherein bestimmt ist —, sodann die Vollziehung der Enteignung — kurz, all dies ist so verschieden von dem hier vorliegenden gesetzlichen Übergang, daß man hierbei nicht von einem Enteignungsrecht reden kann. Man käme denn dazu, in jeder Zwangsvollstreckungshandlung eine Enteignung zu sehen, eine Unterstellung, die zwar bei sehr weiter Fassung des Begriffs „Enteignung" richtig ist, diese weite Fassung ist aber dann nur noch ein Begriff, dagegen den Vorschriften der eigentlichen „Enteignung" nicht unterstellt.

C. Die Klein'sche Ansicht.

Eine eigenartige Konstruktion sucht Klein[2]) dem Erwerber der Forderung kraft Gesetzes zu geben. Er sagt — hinsichtlich der Bürgschaft —, mit der Eingehung der Bürgschaft entstehe für den Bürgen ein suspensiv bedingtes Recht auf Abtretung der Forderung, das mit dem Eintritt der Bedingung, d. h. der Befriedigung des Gläubigers wirksam wird. Dieser Anspruch würde durch den gesetzlichen Übergang der Forderung befriedigt. Tritt denn aber der Bürge von vornherein in ein Rechtsverhältnis zum Schuldner? Nach dem Gesetz ist das durchaus nicht notwendig. Vielmehr tritt gemäß § 774 die rechtliche Beziehung erst ein im Augenblick der Befriedigung des Gläubigers.

[1]) Preußisches Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874.
[2]) Klein, Seite 11.

Zu ganz unhaltbaren Ergebnissen würden wir aber kommen, wenn wir die für die Bedingung geltenden Bestimmungen auf die hier vorliegenden Fälle anwenden wollten. Ein wichtiger Grund, den Roth[1]) mit Recht anführt, ist auch der, daß bei nur teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen die Theorie versagen muß. Denn „dann ist die Bedingung nur zum Teil eingetreten, eine solche Teilung der Bedingung ist aber rechtlich nicht möglich."

D. Stammlers Theorie.

Wesentlich tiefer und bedeutungsvoller ist die von Stammler[2]) vertretene Auffassung. Auch er wendet sich gegen die Theorie, daß es sich hier um einen Kauf handle, verwirft überhaupt die Meinung, daß es sich hier um einen entgeltlichen Erwerb handelt. Vielmehr hält er daran fest, daß es sich um einen „Sondernachfolger" handelt, daß dies aber nichts anderes heißen könne, als: „Untergang des Rechtes bei dem seither Berechtigten und Entstehen eines Rechts mit ganz gleichem Inhalt bei dem neuen Berechtigten." Und er kommt damit zu dem Ergebnis, „daß die Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches nur ein kurzer Ausdruck dafür ist: um gesetzliche Ersatzansprüche sowohl in ihrem Inhalte, als in ihrer möglichen Durchsetzung mit einem Worte zu kennzeichnen."

Was zuerst das Ergebnis, zu dem Stammler kommt, anbetrifft, so muß man ihm darin ohne weiteres beipflichten. Das Gesetz hat für den ersatzberechtigten Dritten einen Ersatzanspruch geschaffen, der inhaltlich ebenso beschaffen ist, wie die Forderung des Gläubigers dem Schuldner gegenüber war.

Nur darin, daß uns dieser Ersatzanspruch als ein der Forderung gleicher Anspruch entgegentritt, geht Stammler wohl nicht weit genug: m. E. handelt es sich nicht um einen gleichen, sondern der Anspruch, den der Dritte geltend macht, ist derselbe wie der des Gläubigers.

— Inwieweit seine Geltendmachung anders gestaltet wird, darüber ist später zu reden. —

Worin liegt zwischen beiden Ansichten der Unterschied? Nun, in dem Wege, auf dem Stammler zu dem Resultat gelangt.

[1]) Roth, Seite 43.
[2]) Stammler, Seite 203 ff.

Wenn er sagt, die Forderung geht bei dem Gläubiger unter und es entsteht eine neue beim Dritten, so ist dies zwar bei weitem klarer, als wenn die Forderung untergeht und trotzdem übergehen soll. Aber der Ansicht Stammlers widerspricht der Wortlaut des Gesetzes.

Das Gesetz redet ganz deutlich von „übergehen", damit läßt sich aber nicht vereinigen „untergehen" und „neu entstehen".

Das Gesetz läßt somit die von Stammler aufgestellte Ansicht nicht gelten, und wir werden sehen, daß wir diesen Umweg nicht nötig haben.

Bevor wir näher darauf eingehen, wollen wir vorher untersuchen, ob sich diese Ansicht überhaupt halten läßt. Geht denn dadurch, daß der Dritte den Gläubiger befriedigt, die Forderung wirklich unter? Tilgt er damit die Forderung? Fest steht, daß, wenn der Schuldner die Leistung an den Gläubiger bewirken würde, die Forderung getilgt würde. Es gäbe zwischen Gläubiger und Schuldner keine Forderung mehr, sie wäre erloschen Liegt der Fall aber ebenso, wenn der Dritte den Gläubiger befriedigt? Kann man ohne weiteres sagen, er handelt an Stelle des Schuldners, folglich hat seine Leistung dieselbe Wirkung wie die jenes? Ich glaube, es liegt ein großer Unterschied zwischen beiden. Vor allem ist schon der Wille bei Schuldner und Drittem ein ganz verschiedener.

Der Schuldner will durch seine Leistung das Forderungsrecht des Gläubigers ihm gegenüber beseitigen, er will die Forderung tilgen, will, daß die Forderung fortan nicht mehr bestehe. Anders der Dritte.

Er hat zwar auch die Absicht, den Gläubiger zu befriedigen, er will auch, daß der Gläubiger sich nicht mehr gegen den Schuldner wendet, aber er will diesen nicht befreien. (Denn mit dem Fall, wo er auch diesen befreien will — Schenkung, — haben wir es hier nicht zu tun.)

Wenn der Dritte auch bei der Leistung an den Gläubiger noch nicht an den Erwerb der Forderung denkt, er denkt auch nicht daran, den Schuldner zu bereichern. Ihm ist es nur um die Befriedigung des Gläubigers zu tun.

Wenn dann in zweiter Linie die Frage des Erwerbs der Ersatzforderung an ihn herantritt, so würde sich ja der Dritte ins eigne Fleisch schneiden, wollte er sagen, die ganze Forderung habe er überhaupt tilgen wollen.

Die Forderung geht vielmehr nicht unter, sondern sie bleibt bestehen.

E. Ergebnis.

In dem Augenblick, wo der Schuldner den Gläubiger befriedigt hat, würde also während eines Moments eine Forderung vorhanden sein, ohne daß ein Forderungsberechtigter da ist, eine Erscheinung, die nicht vereinzelt dasteht.

[Erinnert sei nur an die hereditas jacens des gemeinen Rechts, an die §§ 331, 2101, 2162, 2176 des Bürgerlichen Gesetzbuches, ähnlich liegen die Verhältnisse auch bei §§ 928, 1914 des Bürgerlichen Gesetzbuches, lauter Erscheinungen, die alle objektiven Merkmale einer Berechtigung enthalten, ohne daß in einem gewissen Augenblicke ein zu dieser gehöriger Berechtigter vorhanden ist.

Windscheid[1]) nennt diese Fälle „subjektlose Rechte", während Gierke[2]) von Rechten spricht, „die ihren Herrn erwarten".]

Während desselben Moments tritt aber kraft Gesetzes der Dritte an die Stelle des Gläubigers: Die Forderung ist auf ihn übergegangen. Der klare Wortlaut des Gesetzes läßt nur diese Erklärung zu.

Der Umweg, daß die Forderung untergeht und als neue ersteht, läßt sich durchaus vermeiden und ist durch das Gesetz nicht geboten, ja, läßt sich gar nicht rechtfertigen.

Die Forderung geht nicht unter, der Gläubiger verliert sie nur. Dadurch, daß man eine Sache — oder ein Recht — verliert, hört diese Sache — oder das Recht — nicht auf, eine Sache oder ein Recht zu sein. Damit ist auch nicht gesagt, daß die Forderung „relativ" untergeht; nein, die Forderung bleibt als solche genau so bestehen, wie sie war, sie wechselt nur ihren Herrn. Ebenso das Reichsgericht, Bd. 55 S. 161 „Wenn das Gesetz bestimmt, daß der Zahlende an die Stelle des befriedigten Gläubigers tritt, so heißt das nichts anderes, als daß die Forderung von dem befriedigten Gläubiger auf den Zahlenden übergeht. Denn die Forderung besteht ja noch, nur ist an Stelle des bisherigen Gläubigers ein neuer Gläubiger getreten, auf den also die Forderung kraft Gesetzes übergegangen ist".

Es kann auch daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in Fällen, wo eine Übertragung von Forderungen kraft Gesetzes stattfindet, sich

[1]) Windscheid I, Seite 123.

[2]) Gierke II, Seite 69. (Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1873.)

des Ausdrucks, daß die Forderung „übergeht", bedient, ein Bedenken nicht entnommen werden. Sachlich bedeutet es nichts anderes, als daß ein neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen tritt.[1])

Gegen die Theorie, daß die Forderung untergeht und eine neue entsteht, spricht auch, daß man mit dem gleichen Rechte dasselbe beim vertraglichen Übergang der Forderung sagen müßte. Dort ist der Vorgang der: Der Gläubiger schließt mit dem Dritten einen Vertrag. Er begibt sich hier freiwillig der Forderung.

Beim gesetzlichen Übergang tritt der Dritte von außen an den Gläubiger heran, erfüllt einen bestimmten Tatbestand und erwirbt dadurch die Forderung. Beide Vorgänge haben also verschiedene Voraussetzungen.

Aber in dem Zeitpunkt, wo die Voraussetzungen gegeben sind, wo der Grund des Forderungsüberganges gegeben ist, da tritt bei beiden der Augenblick ein, wo die Forderung den alten Gläubiger verläßt und den Schuldner aufsucht. Bei beiden geht sie nicht unter, sondern über.

Will man bei der Übertragung der Forderung durch Vertrag nicht davon reden, daß die Forderung untergeht und eine neue entsteht, so kann man dies auch nicht beim Übergang der Forderung kraft Gesetzes. Und so komme ich denn zu dem Resultat:

1. Daß die Forderung untergeht und trotzdem übergeht auf den Dritten, ist begrifflich ausgeschlossen.
2. Daß die alte Forderung untergeht und eine neue gleiche entsteht, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes ausgeschlossen.
3. Somit ist der Vorgang nur so zu erklären, daß die Forderung den alten Gläubiger verläßt und auf den Dritten übergeht. Wenn auch die Voraussetzungen anders geartet sind, als bei der Übertragung durch Vertrag — dort Erfüllung bestimmter Tatsachen, hier Vertrag — so ist doch der Akt des Überganges bei beiden der gleiche.

Der Vorgang wird vielleicht dadurch deutlich, daß man sich die Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner als eine gerade Linie zwischen beiden vorstellt, an deren einem Ende der Gläubiger, am andern der Schuldner steht. Sobald nun der Dritte, bisher noch außenstehende, eine Verbindung bestimmter Art zwischen sich und dem Gläubiger schafft, bewegt sich im selben Augenblicke die gedachte

[1]) — (Ebenso Strohal S. 373.) —

Linie in der Weise, daß das Ende, an welchem der Schuldner steht, feststehen bleibt, während sich die Linie um diesen Punkt vom bisherigen Gläubiger weg in der Richtung auf den Dritten zu dreht, bis sie diesen erreicht hat, so daß nunmehr an dem einen Ende nicht mehr der Gläubiger, sondern der Dritte steht. Die Verbindung zwischen Schuldner und Gläubiger besteht allerdings nicht mehr, aber die Linie ist dadurch nicht verschwunden, sie hat sich nur bewegt, während ihre Form und Größe die gleiche geblieben ist. Die Forderung ist nicht untergegangen, sie hat nur ihre Richtung geändert.

Aus diesem Übergang folgt deutlich, daß die Forderung in ihrem Bestand unversehrt bleibt. Der Ersatzanspruch, der dem Dritten zusteht, ist somit die Forderung, die der Gläubiger gegen den Schuldner hatte.

Eine „Fiktion" derselben, wie sie Schollmeyer[1]) verlangt, ist somit nicht nötig.

Inwiefern die Geltendmachung von seiten des Dritten eine andere sein muß, als die von seiten des Gläubigers, darüber ist später zu reden[2]).

§ 6.

Das Verhältnis des Ersatzanspruchs auf Grund des gesetzlichen Übergangs zum Ersatzanspruch auf Grund anderweitiger Rechtsverhältnisse.

Bevor wir dazu übergehen, das Wesen dieses gesetzlichen Ersatzanspruches näher zu betrachten, soll gleich hier eine naheliegende Frage erörtert werden: welchen Einfluß dieser gesetzliche Ersatzanspruch auf das ursprünglich etwa zwischen dem Dritten und dem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis hat.

Wird dieses dadurch aufgehoben? Tritt es gleichberechtigt neben diesen Ersatzanspruch oder nur subsidiär? Kumulativ oder alternativ?

An drei Stellen im Bürgerlichen Gesetzbuch ist ausdrücklich hervorgehoben, daß Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses unbe-

[1]) Schollmeyer, Seite 67.

[2]) Ebenso Zachariä-Crome II, Seite 336 und Vischer, Seite 6.

rührt bleiben, bei der Bürgschaft (§ 774), beim Hypothekengläubiger (§ 1143) und beim Faustpfandgläubiger (§ 1225). Hier ist also ausdrücklich festgestellt, daß auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis der gesetzliche Übergang der Forderung ohne Einfluß ist. Bei den anderen hierher gehörigen Fällen fehlt diese Bestimmung.

Folgt aber daraus, daß hier das zugrunde liegende Rechtsverhältnis aufgehoben wird? Keineswegs.

Das Gesetz gebraucht in allen Fällen den Ausdruck „die Forderung geht auf den Dritten über", und zwar überall unmittelbar kraft Gesetzes.

Dieser Übergang findet statt ohne Rücksicht auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft. In allen Fällen ist also der Erfolg theoretisch der gleiche.

Soll nun in einigen Fällen das zugrunde liegende Rechtsgeschäft bestehen bleiben, in anderen nicht?

Mit Recht führt Stammler (S. 204) aus, daß die drei erwähnten Gesetzesstellen zu sehr zerstreut und in ganz verschiedenem Zusammenhange aufgestellt sind, „als daß aus einer verschiedenen Redaktion an sich schon ein argumentum e contrario gezogen werden könnte."

Ist in einigen Fällen besonders hervorgehoben, daß das zugrunde liegende Rechtsverhältnis bestehen bleibt, so kann daraus für die übrigen nicht das Gegenteil gefolgert werden. Vielmehr muß man überall davon ausgehen: es heißt stets „die Forderung des Gläubigers geht auf den Dritten über."

Auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ist dies ohne Einfluß[1]).

Diese Ersatzforderung tritt für den Dritten also neben etwa bestehende anderweitige Ansprüche.

Was folgt daraus? Einmal, daß der Dritte die Möglichkeit hat, seinen Anspruch sowohl auf den Übergang, also auf neu entstandene Verhältnisse, zu gründen, als auch auf das schon vorher bestehende Rechtsverhältnis. Damit wird ihm oft gedient sein.

Er wird oft nötig haben, von dem einen auf den anderen überzugreifen, sei es, um seine Ansprüche näher zu spezialisieren, sei es, um seine Berechtigung, an den Gläubiger zu zahlen, nachzuweisen. Aber auch dem Schuldner kann damit gedient sein.

[1]) Ebenso Dernburg II, Seite 401; Vischer, Seite 17.

Einwendungen, die er gegen den Dritten möglicherweise hat, gründen sich vielleicht auf das zwischen beiden bestehende Rechtsverhältnis. Macht der Dritte nun seine Ansprüche geltend, auf Grund des gesetzlichen Überganges, muß der Schuldner die Möglichkeit haben, auf das zwischen beiden etwa bestehende Rechtsverhältnis zurückzugreifen. Beide Ansprüche stehen eben gleichberechtigt nebeneinander und haben ursprünglich nichts miteinander zu tun, sind vielmehr vollkommen selbständiger Natur. Erst wenn der Dritte aus einem von beiden Rechte herleitet, kann der Schuldner Einwendungen auch aus dem anderen herleiten. Trotzdem muß immer daran festgehalten werden, daß der Übergang nur zu dem Zwecke stattgefunden hat, um dem Dritten die Durchführung seines Ersatzanspruches gegen den Schuldner zu erleichtern. Wenn auch beide Ansprüche nebeneinander selbständig stehen, so haben beide doch einen „gemeinschaftlichen juristischen Gegenstand und Zweck." Die beiden Forderungen sind voneinander abhängig derart, daß die Tilgung der einen auch die der andern erlöschen läßt.

Das Verhältnis beider Ansprüche ist das der Anspruchskonkurrenz. (Schollmeyer, Schuldverhältnisse, S. 176.)

§ 7.

Art und Beschaffenheit des dem Dritten auf Grund des gesetzlichen Eintritts zustehenden Ersatzanspruches.

Wenn wir demnach untersuchen, welcher Art der Ersatzanspruch des Dritten ist, so müssen wir davon ausgehen, daß zwar der Dritte den Anspruch als eigenen geltend macht, daß aber der Inhalt desselben sich stets richtet nach den Rechten, die dem Gläubiger zugestanden haben. Und zwar ist unter den Rechten des Gläubigers zu verstehen der Inbegriff aller Rechte, welche dem Gläubiger aus dem zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnis zustanden.

Betrachten wir zuerst den Umfang des Ersatzanspruchs, so ergibt sich aus dem Gesetz, daß der Dritte, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung erwirbt.

Quantitativ richtet sich also sein Ersatzanspruch genau nach der Höhe dessen, was er an den Gläubiger gezahlt hat bezw. womit er diesen auf andere Weise befriedigt hat.

Nicht mehr und nicht weniger steht ihm daraufhin gegen den Schuldner zu. Kraft des gesetzlichen Übergangs hat er also keinerlei Anspruch auf Ersatz der für ihn etwa entstandenen notwendigen Auslagen, keinen Anspruch auf Zinsen außer denen, die auch dem Gläubiger zustanden, kurz: er hat nur soviel Rechte, wie auch der Gläubiger in gleicher Höhe der Hauptforderung gegen den Schuldner haben würde. Wenn Vischer (S. 21) behauptet, auch die Kosten, die notwendigerweise für den Dritten entstanden sind, gingen mit über, — Akzessorien nennt er sie — so ist ihm hierin nicht beizupflichten. Denn nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist der Umfang der übergehenden Forderung fest bestimmt[1]).

Will der Dritte weitere Ansprüche gegen den Schuldner geltend machen, so muß er dies tun auf Grund eines etwa zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses oder auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, die unabhängig sind von dem gesetzlichen Übergang, z. B. auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung, von Geschäftsführung ohne Auftrag usw. Andererseits ist, wie weiter unten zu besprechen ist, der Umfang des gesetzlichen Ersatzanspruches in vieler Hinsicht möglicherweise weiter als der vertragliche.

Während nämlich der Dritte kraft des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses zwar Ersatz der getilgten Forderung mit allen Nebenauslagen vom Schuldner beanspruchen kann, hat er damit noch keine Sicherheit dafür, daß er seine Ansprüche auch realisieren kann. Beim gesetzlichen Übergang ist dies anders. Hier gehen alle mit der Forderung verbundenen Nebenrechte auf den Dritten über.

Aus dem gesetzlichen Übergang folgt, wie wir gesehen haben, daß die Forderung des Gläubigers nunmehr dem ersatzberechtigten Dritten zusteht. Welche Folgen nun im einzelnen damit ausgesprochen werden, bestimmt § 412 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Darüber ist unten ausführlicher zu sprechen.

Für die Forderung selbst ist es hiernach ohne Einfluß, ob sie durch Vertrag abgetreten ist oder ob der Übergang kraft Gesetzes stattgefunden hat.

Die Bestimmungen, die dort gelten, sind auch hier für anwendbar erklärt.

Wenn wir im einzelnen diese daraus folgenden Ergebnisse betrachten, so erleiden die Vorschriften, die für den vertraglichen Übergang gelten, in mancher Hinsicht eine entsprechende Abänderung.

[1]) Ebenso Roth, Seite 48.

Im einzelnen gilt folgendes:

1. Wenn die durch die Forderung begründete Leistung des Schuldners an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist, dann kann diese Forderung auch nicht durch Gesetz auf den Dritten übergehen.

Es ist dadurch eine Umgehung der Vorschrift des § 399 ausdrücklich ausgeschlossen.

Liegt also eine solche Forderung vor, so hat zwar der Dritte in der Regel trotzdem das Recht, den Gläubiger wegen dieser Forderung zu befriedigen, jedoch ohne dadurch — wie sonst — die Forderung zu erwerben. Es soll eben in solchen Fällen dem Schuldner nicht ein neuer Gläubiger aufgedrängt werden können, während er doch ein Interesse daran hat, nur mit dem alten Gläubiger in einem Rechtsverhältnis zu stehen.

Der gesetzliche Übergang findet ferner nicht statt bei Forderungen, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen sind. Welche diese im einzelnen sind, ist in der Zivilprozeßordnung § 851/1 bestimmt.

2. Von besonderer Wichtigkeit ist weiter die Bestimmung, daß auch beim Forderungsübergang kraft Gesetzes die mit der Hauptforderung verbundenen Nebenrechte auf den Dritten übergehen.

In dem Augenblick, in dem also die den gesetzlichen Übergang bedingenden Tatsachen erfüllt sind, stehen dem Dritten als dem nunmehrigen Gläubiger die Pfandrechte, Bürgschaften und Vorzugsrechte, die zur Hauptforderung gehören, zu. Diese Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches steht im Gegensatz zum früheren preußischen Recht. Denn das A. L. R. I 16/47 ff. bestimmt ausdrücklich, daß zwar die Hauptforderung ohne weiteres, die mit derselben verbundenen Neben- und Beirechte jedoch erst durch besondere Abtretung auf den Dritten übergehen sollten.

Im einzelnen gilt heute beim gesetzlichen Übergang im wesentlichen das gleiche wie beim vertraglichen.

Besteht für die übergehende Forderung ein Faustpfand, so vollzieht sich der Übergang des Pfandrechtes ohne weiteres mit dem Übergange der Forderung. Die Übertragung des Besitzes ist nicht erforderlich, der bisherige Gläubiger besitzt die Sache als mittelbarer Besitzer für den Dritten.

Dieser kann jedoch gemäß § 1251, Abs. 1 vom Gläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen. Pfandgläubiger ist er jedoch bereits vorher, nämlich vom Zeitpunkt des Überganges der Hauptforderung. —

Während in diesen Punkten ein Unterschied in den Folgen nicht gemacht wird, sei es nun, daß es sich um vertraglichen oder gesetzlichen Übergang handelt, ist doch nach einer Richtung hin beiden eine verschiedene Behandlung zuteil geworden. Während nämlich bei Übertragung einer durch Pfand gesicherten Forderung der bisherige Gläubiger dem Schuldner für Beschädigungen und Verletzungen sowie für die Herausgabe der Pfandsache seitens des neuen Gläubigers, also des Dritten, noch weiter haftet wie ein Bürge, der auf die Vorausklage verzichtet hat, ist diese seine Haftung beim gesetzlichen Übergang ausgeschlossen. (§ 1251 letzter Satz.)

Der Grund dafür ist auch hier, daß man dem Gläubiger in dem Fall, wo ihm der Eintritt des Dritten selbst gegen seinen Willen aufgedrängt wird, nicht auch noch zumuten kann, daß er für die Verpflichtungen des Dritten dem Schuldner gegenüber haftet.

Wenn auch der § 1251 hauptsächlich im Interesse des Schuldners geschaffen ist, — das Interesse des Gläubigers ist in diesem Falle größerer Rücksicht wert.

Während der Übergang des Pfandrechts beim Faustpfand durch irgendwelche Abmachungen ausgeschlossen sein kann, ist dies nicht der Fall, wenn für die Forderung eine Hypothek besteht.

Denn nach § 1153, Abs. 2 „kann die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden." Das Gegenteil können die Parteien auch nicht einmal ausdrücklich abmachen, vielmehr wäre eine solche Vereinbarung nichtig.

Diese Bestimmung gilt auch bei der Übertragung der Forderung kraft Gesetzes. Während aber bei der vertraglichen Abtretung derselben die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefes bezw. Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist, darf man für den gesetzlichen Übergang diese Formen nicht verlangen. Der Übergang der Forderung vollzieht sich ja hier nicht durch Vertrag, ist vielmehr nur den entsprechenden Formen unterworfen wie dieser.

Der Übergang selbst vollzieht sich aber kraft des Gesetzes und damit gehen auch die Hypotheken unmittelbar über. Der Dritte

hat nunmehr gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Herausgabe des Briefes bezw. Berichtigung des Grundbuches. Hypothekengläubiger ist er vom Moment des Überganges an[1]).

Das gilt auch im Falle des § 225 K. O.

Mit Recht wendet auch hier das Reichsgericht die Bestimmungen der §§ 412, 401 des Bürgerlichen Gesetzbuches an. (R. G. 55, S. 162.)

Als Drittes der übergehenden Nebenrechte ist die Bürgschaft erwähnt: auch bei der cessio legis haftet der Bürge dafür, daß der Dritte dem Schuldner gegenüber seine Verbindlichkeiten erfüllt.

Im Absatz 2 ist weiter erwähnt, daß ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht auch geltend gemacht werden kann von dem neuen Gläubiger.

Diese in § 401 ausdrücklich genannten Nebenrechte, die mit der übertragenen Forderung auf den neuen Gläubiger übergehen, sind jedoch nicht die einzigen derartigen Nebenrechte; vielmehr wird man durch Analogie dazu kommen müssen, daß auch andere gleichartige Nebenrechte mit auf den Dritten übergehen. Ebenso auch das Reichsgericht (R. G. Bd. 67, S. 221). Diese Folgerung[2]) entspricht auch durchaus der Entstehungsgeschichte des § 401. Im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches war in § 297, der dem jetzigen § 401 entspricht, allgemein bestimmt, daß mit der Übertragung der Forderung die mit dieser verbundenen, zu ihrer Verstärkung dienenden Nebenrechte auf den neuen Gläubiger übergehen sollen. Bei den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung ist diese allgemeine Fassung dadurch ersetzt, daß nur die hauptsächlichsten Nebenrechte (Bürgschaft und Pfandrecht) erwähnt wurden.

Man hielt es für zweckmäßig, weil das Gesetz dadurch an Verständlichkeit gewinne. „Dabei wurde jedoch ausdrücklich konstatiert, daß die beschlossene konkrete Formulierung selbstverständlich die Anwendung der Bestimmung auf andere Nebenrechte im Wege der Analogie nicht ausschließe. (Prot. Bd. I, S. 386.) Die damals beschlossene Fassung ist mit nur redaktionellen Änderungen in das Gesetz übergegangen.

[1]) Ebenso Weißbart, Seite 54.
[2]) Vergl. z. Folg. R. G. Bd. 65, Seite 170 ff.

§ 8.

Der Streit über das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder.

Die Bestimmungen des §§ 412, 401 haben Anlaß zu einer großen Streitfrage gegeben, die hier kurz behandelt werden soll. Es handelt sich um den Fall, daß mehrere „Dritte“ zur Befriedigung des Gläubigers einer durch Nebenrechte gesicherten Forderung berechtigt bezw. verpflichtet sind. Also z. B. in dem, dem Streit zugrunde liegenden Fall, daß für eine Forderung neben einem Bürgen noch ein Pfandgläubiger für die gleiche Forderung haftet, oder daß neben dem Hypothekengläubiger noch ein anderer Pfandgläubiger haftet.

Behandelt ist diese Frage schon im römischen Recht.

Dort stand dem Bürgen gegen den Schuldner die Rechtswohltat des beneficium cedendarum actionum zu und in den spätrömischen Quellen (Nov. 4, cap. 2) finden wir eine Entscheidung dahingehend, daß zwar der Pfandgläubiger, der den Schuldner befriedigt, Regreß gegen den Bürgen nehmen kann, nicht aber umgekehrt. Diese Entscheidungen sind selbstverständlich für das heutige Recht nicht maßgebend und es erübrigt sich, darauf einzugehen, da ja das Bürgerliche Gesetzbuch eine excussio ced. actionum personalis nicht kennt.

Erst in der neuesten Literatur ist diese Frage eingehend behandelt und die Meinungen der Schriftsteller gehen weit auseinander. Bevor wir darauf näher eingehen, wollen wir erst sehen, was denn eigentlich zu dieser Streitfrage geführt hat und um was sie sich dreht[1]).

Nehmen wir den Fall an, daß für eine Forderung des A an B sowohl ein Bürge haftet als auch ein Pfand. Befriedigt nun der Bürge den Gläubiger so geht gemäß § 774 die Forderung auf ihn über, somit gemäß §§ 412, 401 auch die Hypotheken und die Pfandrechte, die für die Forderung haften. Wenn dagegen der dinglich Verpflichtete, d. h. der Eigentümer der Pfandsachen bezw. des Grundstücks den Gläubiger befriedigt, so geht die Forderung desselben auf ihn über (§§ 1225, 1143) also auch die mit der Forderung verbundene Bürgschaft. „Danach würde also bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners für die Entscheidung der Frage, wer im Verhältnis von Bürgen und Verpfänder die Last der Verbindlichkeit zu tragen hat,

[1]) Vergl. z. Folg. Strohal, Seite 373 ff.

lediglich der Umstand entscheidend sein, wer von beiden mit der Befriedigung des Gläubigers zuvorkommt. Ist dies der Bürge, so kann er die Last der Verbindlichkeit auf den Verpfänder, ist es der Verpfänder, so kann dieser die Last auf den Bürgen abwälzen." (Strohal in der D. J. Zt. 1903, Seite 373 ff.)

Die Lösung der Frage ist von den verschiedenen Rechtslehrern sehr verschieden behandelt. Darüber, daß der Bürge, wenn er zuerst zahlt, seine Last auf den dinglich haftenden Verpfänder ohne weiteres abwälzen kann, herrscht zwischen Biermann und Planck[1]) Einigkeit.

Ob aber auch umgekehrt der Drittverpfänder, der vom Gläubiger zuerst in Anspruch genommen ist, sich an den Bürgen halten kann, darüber herrscht Streit.

Biermann sagt in seinem Sachenrecht (§ 1225 Erl. 1), daß der einlösende Drittverpfänder und Pfandeigentümer den Anspruch des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen voll geltend machen kann. Auf dem gleichen Standpunkt steht Planck-Greiff hinsichtlich des Hypothekenschuldners, während er dies Rückgriffsrecht in dieser Unbeschränktheit dem Verpfänder einer beweglichen Sache nicht zubilligen will. Und zwar sucht er den Unterschied dadurch zu begründen, daß im § 1143 des Bürgerlichen Gesetzbuches nur der erste Absatz des § 774 für entsprechend anwendbar erklärt ist, während im § 1225 des Bürgerlichen Gesetzbuches ganz allgemein auf § 774 Bezug genommen ist. Daraus folgert Planck, daß auch der Absatz 2 Anwendung finden müsse, und der Verpfänder könne dem Bürgen gegenüber seinen Anspruch nur in der Beschränkung des § 774/2 geltend machen, also nur, soweit er von dem Dritten Ersatz verlangen kann. Dagegen wendet sich wieder Biermann, indem er sagt, auch bei § 1225 könne man entsprechend dem § 1143 nur den Absatz 2 des § 774 anwenden. Daß dies nicht ausdrücklich hervorgehoben sei, beruhe lediglich auf einem Redaktionsversehen, — eine Ansicht, die sich bei der genauen Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches kaum halten läßt.

Auch auf den Drittpfänder, der den Gläubiger befriedigt, gehe demnach eine Hypothek an dem Grundstück eines Dritten, Pfandrechte an der Sache eines Dritten, sowie die Rechte gegen einen Bürgen unbeschränkt über.

Ausdrücklich gibt aber Planck selbst zu, daß aus seiner Deduktion nicht gefolgert werden dürfe, daß umgekehrt auch der Bürge, wenn

[1]) Planck, Anm. zu § 1225.

er den Gläubiger befriedigt, die Rechte gegen den Drittpfänder oder gegen den Hypothekenschuldner nur beschränkt erwerbe. Ist denn aber dieser Unterschied gerechtfertigt?

Warum soll der Drittverpfänder eine Ausnahmestellung einnehmen gegenüber dem Hypothekenschuldner und dem Bürgen? M. E. sind alle, was die Ausgleichungsfrist angeht, unter demgleichen Gesichtspunkt zu betrachten — mag man nun den Abs. 2 für anwendbar erklären oder nicht.

Indessen: beide Ansichten, die Biermann's und die Planck's, lassen doch recht unbefriedigt. Warum soll denn gerade der, welcher zuerst befriedigt, die Last auf den anderen abwälzen dürfen? Hat er dadurch, daß er und nicht der andere vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, eine privilegierte Stellung? Doch wohl umgekehrt! Der Gläubiger müßte also, wenn er den Bürgen „bluten lassen" wollte, sich an den Drittverpfänder wenden. Wenn dagegen der Drittverpfänder der Leidtragende sein soll, muß sich der Gläubiger an den Bürgen wenden, eine Lösung, von der Breit (S. 293) mit Recht sagt, daß sie ungeheuerlich ist und von einem Nichtjuristen nicht verstanden werden kann, „denn sie müßte doch geradezu zu einem Wettrennen zwischen beiden anspornen".

Neuerdings hat Strohal die Aufmerksamkeit auf diese Frage gelenkt durch seine Ausführungen in der Deutschen Juristen-Zeitung. Er führt etwa folgendes aus: (S. 376 a. a. O.) Daß der Bürge seine Rechte auf den dinglich Haftenden abwälzen könne, sei selbstverständlich. (!!) Was den umgekehrten Fall anbetrifft, geht Strohal von dem Hypothekenschuldner aus und sagt: Wenn dieser gemäß § 1143 den Gläubiger befriedigt, so geht dessen Forderung gegen den Bürgen auf ihn über, zugleich erwerbe der Eigentümer an seinem Grundstück gemäß § 1177 eine Eigentümerhypothek. Wenn er sich nun an den Bürgen halte, so müsse dieser ihn zwar befriedigen, aber er sei doch nicht schlechter gestellt, weil er ja die Eigentumshypothek gemäß § 774 erwerbe. — Was nützte denn dem Pfandschuldner der Übergang der Forderung, wenn er wohl das an den Gläubiger gezahlte Geld wiederbekäme, dafür aber sein Grundstück belastet wäre mit der Hypothek!? — Wenn dagegen der Eigentümer die Eigentümer-Hypothek vor der Geltendmachung der Forderung gegen den Bürgen aufgegeben hätte, könne der Bürge die Befriedigung auf Grund des § 776 des Bürgerlichen Gesetzbuches verweigern. Er würde also insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte Ersatz hätte erlangen können.

Dieselbe Konstruktion will Strohal für den § 1225 angewendet wissen. Zwar erlösche grundsätzlich dann, wenn der Eigentümer einer Pfandsache den Pfandgläubiger befriedige, das Pfandrecht an der Sache durch Konfusion (§ 1256). Aber dies sei nicht unbedingt nötig, nämlich dann nicht, wenn der Eigentümer an dem Fortbestehen des Pfandrechtes ein rechtliches Interesse habe.

Somit ergeben sich für den Drittverpfänder zwei Möglichkeiten: entweder er entscheidet sich dafür, daß er die mit dem Pfandrecht bisher belastete Sache als eine pfandfreie behält, dann gibt er also das Pfandrecht auf. Zugleich aber schmälert er dadurch die Rechte des Bürgen, der im Falle des ihm auf Grund der §§ 774, 776 gewährleisteten Eintritts hätte Befriedigung erlangen können. Der Bürge hat somit, wenn der Drittverpfänder ihn in Anspruch nimmt, auf Grund des § 776 eine Einrede gegen jenen.

Die andere Möglichkeit, die dem Drittverpfänder offen steht, ist die: er kann bei Befriedigung des Gläubigers bereits entschlossen sein, sich an den Bürgen zu halten. Tut er dies, so muß er sich darüber klar sein, daß der Bürge auf Grund § 774 in sein Pfandrecht einzutreten befugt ist; damit zeigt er aber, daß er am Fortbestehen des Pfandrechts ein „rechtliches Interesse" hat und das Pfandrecht bleibt trotz Vereinigung von Eigentümer und Gläubiger in einer Person bestehen (§ 1256/2). Der Bürge würde also bei Zahlung an den Pfandeigentümer das als fortbestehend geltende Pfandrecht erwerben. Soweit Strohal. Ihm beigetreten ist Martinius (D. J. Z. 1903 S. 543/44); auch nach ihm ist der Drittverpfänder stets der leidtragende Teil. Nur will Martinius den Abs. 2 des § 774 bei § 1225 angewendet wissen, während Strohal dies auf Grund der geschichtlichen Entwicklung dieses § ablehnt.

Nehmen wir nun Stellung zu dieser Strohal'schen Meinung!

Aus der Strohal'schen Ansicht geht hervor, daß er dem Bürgen eine bevorzugtere Stellung gibt als dem Pfandeigentümer, daß er immer nur diesen als den leidenden Teil sehen will. Er will dem Bürgen nicht nur dem Hauptschuldner gegenüber, sondern auch dem Verpfänder gegenüber eine nur subsidiäre Haftung einräumen, will immer, daß bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners der Ausfall stets vom Verpfänder usw. getragen wird.

Diese einseitige Bevorzugung des Bürgen ist m. E. aber nicht berechtigt. Der Pfandeigentümer brauchte ja dann erst gar nicht

Regreß zu nehmen. Denn was nützt ihm das, wenn er Regreß nimmt und sein Geld zwar bekommt, dafür aber sein Grundstück mit einer Hypothek belastet sieht?

Pfand und Bürgschaft verfolgen dasselbe Ziel: Sicherstellung des Gläubigers. Beide haften also ursprünglich nur subsidiär, und nur wenn der Bürge sich als selbstschuldnerischer Bürge verbürgt hat, haftet er primär.

Der Gläubiger kann nun von jedem der drei ihm gegenüberstehenden Personen, dem Hauptschuldner, dem Bürgen, dem Verpfänder, Befriedigung verlangen, je nachdem, an wen er sich hält.

Die Stellung des Bürgen und des Verpfänders sind in dieser Hinsicht nicht voneinander verschieden und eine Bevorzugung des einen vor dem anderen ist durch nichts gerechtfertigt.

Ergibt sich denn aber aus dem Gesetz heraus eine solche Stellung, wie sie von Strohal konstruiert wird?

Auf den ersten Blick wird man diese Frage bejahen und den geistvollen Ausführungen Strohal's beistimmen.

Wir würden also, wenn der Gläubiger A zuerst den dinglich haftenden Verpfänder C in Anspruch genommen hat, sagen, daß mit der Befriedigung des A die diesem gegen B zustehende Forderung auf den C übergegangen ist, und zwar gemäß § 401 auch mit der Bürgschaft des D. Wenn sich nun C an D halten will, erlangt er zwar Befriedigung, D erwirbt aber die Forderung gegen B mit dem Pfandrecht gegen C.

Er kann nun auf Grund dieses Pfandrechts wieder gegen C vorgehen und erhält dann wieder Ersatz dessen, was er bezahlt hat. Soweit könnte man Strohal möglicherweise beistimmen. Aber er hat etwas vergessen. Dieselbe Betrachtung wie für das Pfandrecht können wir auch anstellen hinsichtlich der Bürgschaft.

„Durch Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaft in einer Person, die insbesondere eintritt, durch Erbgang, wird die Bürgschaft aufgehoben, sofern sie nicht dem Gläubiger besondere Vorteile bietet. Ist das aber der Fall (z. B. wenn für die Hauptschuld ein Pfandrecht versprochen war) so besteht die Bürgschaft insoweit fort.

Dies war im E. I § 678 ausdrücklich bestimmt, in der zweiten Lesung deshalb fortgefallen, weil sie selbstverständlich erscheint. Richter (Seite 68) begründet dies damit, daß Recht und Verbindlichkeit

nicht in einer Person vereinigt sind. Er kommt dazu auf Grund der Ausführungen, daß Bürgschaft nicht Schuld, sondern Haftung sei.

„Es ist nur eine Verbindlichkeit vorhanden, das ist die Schuld des Hauptschuldners und diese ist noch beim Hauptschuldner, sie ist weder erloschen noch auf den Bürgen übergegangen."

Nein, nicht Recht und Verbindlichkeit vereinigen sich in der Person des Bürgen, sondern Recht und Haftung. Und daß deshalb die Bürgschaft nicht erloschen sein kann, daß sie nur, solange sie in der Person des Bürgen mit der Gläubigereigenschaft vereint ist, gleich dem Pfandrecht ruht, ist sonach klar und in § 19 schon bewiesen.

Somit können wir ebensogut sagen: die Bürgschaft ist nicht erloschen, sondern sie besteht weiter. Um also auf unser Beispiel zurückzukommen, würde sich ergeben, daß zwar D Ersatz auf Grund seines Pfandrechtes erlangen würde. Zugleich aber geht gemäß § 1225 die Forderung des A gegen B, die bisher dem D zustand, auf den C über, und zwar — und das ist das Entscheidende — behaftet mit der Bürgschaft, die D übernommen hatte. Diese ist, wenn man annimmt, daß das Pfandrecht durch Konfusion nicht erlischt, ebenfalls bestehen geblieben. Und C kann nun konsequenterweise auf Grund dieser Bürgschaft seinerseits wieder Regreß nehmen gegen D.

Die Forderung würde wieder mit dem Pfandrecht auf D übergehen, dieser könnte sich wieder an C halten, und so würde sich ein ewiges Hin und Her ergeben, ein Zustand, der vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann.

Die Strohal'sche Ansicht ist bei diesen Ergebnissen dementsprechend sehr bekämpft. Und mit Recht! Denn es liegt kein Grund vor, den Bürgen auf diese einseitige Art zu bevorzugen.

Gerade zu dem entgegengesetzten Ergebnis kommt Richter[2]). Er will den Bürgen immer haften lassen, er allein soll im Verhältnis zum Drittverpfänder der leidtragende Teil sein. Und zwar begründet Richter diesen seinen Standpunkt auf Grund seiner Untersuchungen, daß Bürgschaft keine Schuld, sondern Haftung sei.

Er führt etwa folgendes aus: Der Bürge hat sein ganzes Vermögen für die Schuld eingesetzt, er haftet also „gegenständlich unbeschränkt".

[1]) A. M. Breit, Seite 288.
[2]) Richter, Seite 71.

Der Drittverpfänder haftet dagegen nur in Höhe der Sache (oder des Grundstückes), die er verpfändet hat, seine Haftung ist also „gegenständlich beschränkt". Somit ist die Haftung des Bürgen die größere, „er steht mit seiner gegenständlich unbeschränkten Haftung sicher auf einer höheren Haftungsstufe, als der Drittverpfänder mit seiner gegenständlich beschränkten Haftung."

Auf den Bürgen will daher Richter die gesamte Haftung abgewälzt wissen und er kommt zu dem Ergebnis: „Wird sonach vom Gläubiger der Drittverpfänder in Anspruch genommen, so kann er vollen Regreß am Bürgen nehmen, wird der Bürge in Anspruch genommen, so kann dieser keinen Regreß am Drittverpfänder nehmen[1])."

Auch dieses extreme Ergebnis möchte ich nicht für richtig halten. Wenn auch die Ausführungen Richter's von vornherein etwas für sich zu haben scheinen, so widerspricht dem Ergebnis das Gesetz.

Denn es ist, wenn überhaupt das Rückgriffsrecht anerkannt wird, gesetzlich der Drittverpfänder und der Bürge nicht verschieden behandelt: Beiden soll nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Rückgriffsrecht zustehen. Auf beide findet § 401 des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung. Weder eine einseitige Bevorzugung des Bürgen, noch eine solche des Drittverpfänders läßt sich nach dem Wortlaut des Gesetzes verteidigen.

Gegen die Ansicht Richter's spricht aber auch das, worauf er seine Meinung aufbaut. Ist denn tatsächlich die Haftung des Bürgen immer die größere als die des Drittverpfänders?

Sicherlich gibt es Fälle, wo das nicht der Fall ist, man denke an den Fall, daß der Bürge sich nur für einen bestimmten Teil der zu sichernden Forderung verbürgt hat, oder wo das Pfandobjekt die Forderung voll deckt oder sie sogar übersteigt. Und diese Fälle werden bei weitem häufiger sein. Wenn der Gläubiger einmal ein Pfand verlangt und annimmt, so wird er in der Regel nur zufrieden sein mit einem Objekt, das ihm volle Deckung gewährt.

Somit wird in der Regel die Haftung des Drittverpfänders — ganz äußerlich betrachtet — quantitativ nicht zurückstehen hinter der des Bürgen. Die von Richter zugrunde gelegte Ansicht ist sonach ein Ausnahmefall. Aber auch qualitativ betrachtet — sit venia verbo — ergibt sich die Richtigkeit meiner Ansicht. Wenn überhaupt einem von beiden Rechten, dem dinglichen oder dem obligatorischen, der

[1]) Richter, Seite 73.

Vorzug vor den anderen eingeräumt werden soll, wenn man sagen will, das eine ist stärker als das andere, so wird man stets sagen müssen: Das dingliche Recht überwiegt, das dingliche Recht hat größere Kraft, das dingliche Recht wirkt absolut, das obligatorische nur relativ, ein Unterschied, der im Falle des Konkurses besonders deutlich hervortritt.

Nehmen wir also den theoretisch möglichen Fall an, Bürge und Drittverpfänder gerieten in Konkurs, so würde die Geltendmachung des Pfandrechts eher berücksichtigt als die des Bürgen, vorausgesetzt natürlich, daß die Bedingungen in beiden Konkursen die gleichen sind.

Wenn man daher davon sprechen will, die Haftung des einen sei größer als die des anderen, so muß man m. E., wenn überhaupt einem, so doch dem Verpfänder die größere Bedeutung einräumen.

Aus alledem ergibt sich das Unhaltbare der Ansicht Richter's.

Von vornherein die Haftung eines der beiden, Drittverpfänders oder Bürgen, unbedingt auszuschließen, ist somit unberechtigt und führt zu keinem befriedigenden Ergebnis[1]).

Wie aber soll man denn diese Frage regeln? Versuche dazu sind wiederholt gemacht So sucht Lippmann (S. 180) dadurch zu einem befriedigenden Ergebnis zu kommen, daß er für die streitige Frage die §§ 1143, 1225, 774 nicht angewendet wissen will. (Er kommt schließlich auch dazu § 426 anzuwenden)

Weniger weit geht Breit am Anfang seiner Ausführungen (290). Er will den § 401 nicht unbedingt angewendet wissen. Aber auch dem ist wegen des Wortlauts des Gesetzes nicht beizustimmen.

Und so ist die herrschende Meinung denn schließlich zu dem Ergebnis gekommen, daß man bei strengem Festhalten am Gesetz zu keinem befriedigenden Resultat kommen kann, man hat deshalb einen der Billigkeit entsprechenden Ausweg gesucht und diesen darin zu finden geglaubt, daß man die beiden Sichernden als Gesamtschuldner betrachtet und ihnen gegenseitig eine Ausgleichungspflicht zugestehen will.

Diese Ansicht ist zuerst von Breit aufgestellt und hat viele Anhänger gefunden. (Staudinger, Bendix u. a.)

Er sagt (S. 293), daß in dem § 774/2 und § 1225 2 das allgemeine Prinzip zum Ausdruck gebracht sei, daß mehrere Sicherungs-

[1]) Ebenso Danz, Seite 188.

pflichtige untereinander im Zweifel zum Ausgleich verbunden sind. Wenn auch diese Meinung etwas kühn sei, so entspreche sie den Anforderungen einer ausgleichenden Gerechtigkeit am meisten.

„Dazu kommt, daß sich auch schwerlich eine hinreichende Begründung dafür finden läßt, weshalb gerade mehrere Bürgen untereinander und mehrere Verpfänder untereinander ersatzpflichtig sein sollten, warum aber dasselbe nicht auch dann gelten soll, wenn Bürge, Drittverpfänder und Hypothekenschuldner zusammentreffen."

Ihm beigetreten im Resultat ist Bendix, der allerdings das allgemeine Prinzip der §§ 774, 1225 nicht gelten lassen will; vielmehr leitet er seine Ergebnisse direkt aus § 426 her[1].

Wenn man auch dem letzten Satze im wesentlichen zustimmen muß, so verbietet doch das Gesetz, soweit zu gehen, daß man mehrere nebeneinander haftende Bürgen und Drittverpfänder ipso jure als einander ausgleichungsberechtigt ansehen will.

Das würde den Grundsätzen, die das Bürgerliche Gesetzbuch hinsichtlich des Gesamtschuldverhältnisses aufgestellt hat, vollkommen widersprechen.

Allerdings stellt das Gesetz im § 421 den Satz auf, daß wenn mehrere eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist, stets ein Gesamtschuldverhältnis vorliege. Aber dies ist doch nur dann der Fall, wenn die eine Leistung von beiden Schuldnern geschuldet wird auf Grund eines inneren Zusammenhanges zwischen beiden, mag dieser Zusammenhang nun beruhen auf Vertrag oder auf Gesetz.

Ein Vertrag zwischen Bürgen und Drittverpfänder liegt nicht notwendigerweise vor. Kraft gesetzlicher Bestimmung sind sie auch nicht als Gesamtschuldner anzusehen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat vielmehr die Fälle, in denen es mehrere als Gesamtschuldner haften lassen will, deutlich hervorgehoben. (So z. B. §§ 431, 830–836, 769, 1108, 1833 u. a.)

Aus dieser besonderen Hervorhebung muß man schließen, daß überall da, wo eine solche gesetzliche Bestimmung nicht vorhanden ist, auch kein Gesamtschuldverhältnis vorliegen kann.

Vielmehr sind die Verpflichtungen des Bürgen und Drittverpfänders unabhängig voneinander entstanden, sie resultieren aus

[1]) Bendix, Seite 84 ff.

ganz verschiedenen Rechtsverhältnissen. Lediglich die Person des Gläubigers ist es, die beide verbindet. Eisele redet hier von „unechter Solidarität“ [1]).

Mit dem wahren Gesamtschuldverhältnis stimmt diese „unechte Solidarität“ lediglich darin überein, daß durch die Zahlung eines der Verpflichteten die Verpflichtungen aller erlöschen. Aber selbst dies ist nur scheinbar ein gleiches: bei der echten Solidarität erlöschen durch Zahlung alle Verpflichtungen der Mitschuldner, weil A dasselbe schuldet wie B.

Bei der „unechten Solidarität“ werden die Mitverpflichteten dagegen nicht deshalb frei, sondern weil, wie Eisele sagt, durch Wegfall des Interesses die Obligation zwecklos geworden ist.

In solchem Falle der „unechten Solidarität“ sind allerdings manche Vorschriften, die auch für das echte Gesamtschuldverhältnis gelten, anwendbar, sicherlich aber nicht diejenigen, die auf dem gemeinschaftlichen Verpflichtungsgrunde beider Schuldner beruhen, so vor allem nicht die Ausgleichungspflicht.

Somit muß man auf Grund des Gesetzes die Ansicht, es handle sich bei dem Verhältnis von Drittverpfänder und Bürgen um ein Gesamtschuldverhältnis und beide seien deshalb nur anteilsmäßig verpflichtet, ablehnen, wenn man auch sagen muß, daß das Ergebnis der Billigkeit wohl entspricht.

Denn jeder der beiden Verpflichteten haftet dem Gläubiger auf das Ganze, mithin wäre eine Ausgleichung zwischen beiden durchaus zu billigen.

Andererseits wird man aber, wenn man bedenkt, daß jeder auf das ganze haftet, auch zu einem anderen Resultat billigerweise gelangen können, zu der Meinung, die Breit alternativ neben der hier angeführten gelten lassen will.

Breit geht davon aus, daß er behauptet, allgemein müsse der Satz gelten, daß die Sicherung auf den befriedigenden Gläubiger nur dann übergeht, wenn er einen obligatorischen Anspruch gegen den durch die Sicherheit verpflichtet hat. Richtiger wird man m. E. sagen müssen, die Nebenrechte gehen, weil mit der Forderung verbunden, über, aber dem Dritten steht die Einrede zu, daß er nicht zum Ausgleich verpflichtet ist.

[1]) Eisele, Seite 478 ff.

Dies muß man ihm aus den allgemein über Treu und Glauben geltenden Bestimmungen zubilligen.

Denn der Drittverpfänder bezw. der Bürge haben lediglich Sicherheit leisten wollen dafür, daß der Gläubiger befriedigt wird, nicht aber, daß der Bürge bezw. der Drittverpfänder, die daneben haften, für ihre Zahlung gedeckt werden sollen. Treu und Glauben zwingen dazu, diesen inneren Willen des, der die Sicherheit leistet, zu berücksichtigen. Der Umweg eines stillschweigenden Vertrags, den Breit (S. 287) annimmt, ist somit nicht nötig.

Das Ergebnis würde indes das gleiche sein, das auch Breit als der Billigkeit entsprechend anerkennt: derjenige, der zuerst vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, hat die Last der Verbindlichkeit zu tragen. Er hat vermöge der entgegenstehenden Einrede keine Möglichkeit, die Zahlung auf einen anderen abzuwälzen, es sei denn, daß zwischen ihnen eine Ausgleichungspflicht besteht.

Bei vernünftiger Betrachtung wird man dieses Ergebnis für das richtige halten, denn beide, Bürge wie Verpfänder, haben sich ja für die ganze Schuld verbürgt, beide mußten sich bei Eingehung der Verpflichtung darüber klar sein, daß sie im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ganz in Anspruch genommen werden konnten. Das zufälligerweise neben dem einen noch ein anderer haftet, kann dem ersteren nicht zugute kommen. Denn er hat, ipso jure wenigstens, keinerlei Ausgleichungsanspruch, er steht mit ihm kraft Gesetzes doch sicherlich in keinerlei rechtlicher Beziehung, mag er nun von dem neben ihm haftenden Bürgen bezw. dem Pfandobjekt etwas wissen oder nicht. Also hat lediglich der die Last der Verbindlichkeit zu tragen, der von dem Gläubiger zuerst in Anspruch genommen wird, der ihn zuerst befriedigt. Und zwar m. E. ganz und in voller Höhe. Wenn auch die Breit'sche Meinung von der gegenseitigen Ausgleichungsberechtigung, vom Billigkeitsstandpunkt aus betrachtet, einleuchtender erscheint, — dem Wortlaut des Gesetzes entspricht die hier vertretene Ansicht bei weitem mehr.

§ 9.

Art des Ersatzanspruches.

Fortsetzung.

Nach dieser speziellen, vielleicht etwas über den Rahmen des Themas hinausgehenden Erörterung wollen wir zurückkehren zu den

uns hier allgemein beschäftigenden Subrogationsfällen. — Wir haben gesehen, inwieweit der § 401 Anwendung findet beim Übergang kraft Gesetzes, wir wollen nun weiter betrachten, wie und wann die übrigen Bestimmungen der Forderungsübertragung dabei Anwendung finden.

Die Bestimmungen des § 402, daß der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger die zum Beweise der Forderung nötige Auskunft erteilen sowie ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden herausgeben muß, gelten auch beim gesetzlichen Übergang. Inwieweit diese Pflichten beschränkt werden durch die Kollisionsklausel, darüber ist später zu sprechen.

Weiter ist im § 403 dem alten Gläubiger die Pflicht auferlegt, dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen, und dies muß auch für den Fall des gesetzlichen Übergangs gelten, jedoch mit der Modifikation, daß der Gläubiger dem Dritten bescheinigen muß, daß er den Übergang der Forderung anerkenne.

Am wichtigsten ist aber die Gleichstellung in der Richtung, daß die Einreden, die der Schuldner bisher gegen den Gläubiger hatte, ihm auch gegen den Dritten zustehen. Bei diesen Einreden, die der Schuldner dem Dritten entgegensetzen kann, müssen wir nach dem oben angeführten zwei Gruppen unterscheiden: erstens die Einreden, die der Dritte aus dem etwa zugrunde liegenden Vertragsverhältnis hat, und zweitens diejenigen, die ihm gegen den gesetzlichen Ersatzanspruch zustehen. Beide Arten von Einwendungen können so mannigfacher Art sein, daß hier nur die häufigsten angeführt werden können.

a) Betrachten wir zuerst, welche Einreden auf Grund des Übergangs der Forderung kraft Gesetzes in Betracht kommen können, so gilt auch hier der Grundsatz, daß im wesentlichen die gleichen Regeln gelten, wie wenn die Forderung durch Vertrag abgetreten wäre.

Die Rechtslage des Schuldners soll durch den Wechsel auf der Gläubigerseite nicht verschlechtert werden. Gerade so, wie die mit Forderung verbundenen Vorteile auf den Dritten übergehen, muß der Dritte sich auch den Übergang der Forderung mit den ihr anhaftenden Mängeln gefallen lassen. Demgemäß bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch im § 404, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger, also dem Dritten, die Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der

Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Maßgebend ist auch hier der Zeitpunkt, in dem die gesetzlichen Voraussetzungen zum Forderungsübergang erfüllt sind.

Der 1. Entwurf enthielt im § 302 die Vorschrift: „Der Schuldner kann dem Gläubiger Einreden nicht entgegensetzen, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers haben."

Mit Recht ist diese Bestimmung in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen. Denn dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine solche besondere Art von Einreden unbekannt. Ist aber eine solche Abrede zwischen Gläubiger und Schuldner getroffen, so steht sie eben außerhalb der Forderung, ist kein Bestandteil von ihr, und kann deshalb überhaupt für den Übergang nicht in Frage kommen. — Dagegen kann der Schuldner dem Dritten gegenüber aufrechnen mit Forderungen, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustanden, und zwar auch mit Forderungen, die erst nach dem Übergang entstanden sind.

Ausgeschlossen ist dieses Recht aber in den Fällen, wenn der Schuldner „bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder wenn die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später, als die abgetretene Forderung fällig geworden ist." (§ 406.) Bei dem Forderungsübergang kraft Gesetzes ist in entsprechender Weise maßgebend die Kenntnis von dem Übergang kraft Gesetzes. Und diese Kenntnis ist anzunehmen, wenn der Schuldner die Tatsachen kennt, auf Grund deren die Übertragung der Forderung kraft Gesetzes stattfindet. (Ebenso Planck § 406 A. 5.) Das gleiche gilt dann, wenn der Schuldner nach Übergang der Forderung noch an den alten Gläubiger leistet. Ist ihm von dem gesetzlichen Übergang nichts bekannt, so muß der Dritte diese bewirkte Leistung gegen sich gelten lassen, natürlich unbeschadet seines Rechts, vom Gläubiger Ersatz zu verlangen.

Außer diesen Einreden, die durch die Person des früheren Gläubigers begründet waren, kann der Schuldner natürlich auch noch Einreden mannigfacher Art haben. Er kann einwenden, der Dritte habe nicht gezahlt an den Gläubiger oder er kann behaupten, er, der Schuldner, habe noch mal an den Gläubiger gezahlt. Allerdings hängt die Frage, inwieweit dieser letztere Einwand zu berücksichtigen ist, davon ab, ob man dem Dritten, der den Gläubiger befriedigt hat, die Pflicht auferlegt, davon dem Schuldner Mitteilung zu machen.

Planck[1]) will solche Verpflichtung ohne weiteres ablehnen. Er sagt z. B. vom Bürgen, dieser sei nicht verpflichtet, die Interessen des Hauptschuldners zu berücksichtigen. Er brauche vor allem diesem keine Anzeige zu machen, wenn er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird oder wenn er den Gläubiger befriedigt hat. (§ 774 Anm. 4.) Vielmehr will er eine solche Pflicht nur aus einem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis hergeleitet wissen.

Dem ist m. E. nicht beizupflichten. Denn abgesehen davon, daß es schon im Interesse des Dritten liegt, daß der Schuldner Mitteilung von seinem Eintritt bekommt, tritt, wie oben dargelegt ist, der Dritte mit dem Übergang kraft Gesetzes in die Rechte des Gläubigers und damit in ein Vertragsverhältnis zum Dritten. Als Vertragspartei muß man von ihm aber auf Grund allgemeiner Grundsätze verlangen, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwendet. Dazu muß man aber billigerweise auch die Pflicht der Benachrichtigung rechnen, und der Einwand des Schuldners, er habe nochmal an den Gläubiger gezahlt, ist damit stichhaltig.

Behauptet und beweist umgekehrt der Schuldner, er habe schon den Gläubiger befriedigt, bevor der Dritte an den Gläubiger geleistet habe, dann kann der Übergang kraft Gesetzes nicht mehr in Frage kommen. Denn zu der Zeit, da der Dritte den Gläubiger befriedigt hat, bestand ja gar keine Forderung mehr, die auf den Dritten übergehen konnte. Er kann also auf Grund gesetzlichen Forderungserwerbs keine Ansprüche gegen den Schuldner geltend machen. Unberührt bleibt natürlich sein Recht, auf Grund anderer Bestimmungen Ersatz vom Schuldner oder vom Gläubiger zu verlangen. Im A. L. R. hatte der Schuldner speziell dem Bürgen gegenüber die Einrede, daß dieser sich gegen seinen Willen verbürgt habe. Und diese Einrede schloß dann den Regreß des Bürgen aus. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt diese Bestimmung nicht. Indes muß man wohl aus § 684 folgern, daß der Dritte nur Anspruch auf den Betrag hat, um den der Schuldner bereichert worden ist, einredeweise kann ihn dieser darauf beschränken. (A. M. Cosack, I § 158. Beisp. 2. Ebenso Oertmann, Anm. 4 zu § 774.)

Eine weitere Einwendung, die der Schuldner dem Dritten gegenüber häufig machen wird, ist die, daß der Dritte bei Befriedigung

[1]) Planck, Anm. 6 zu § 774.

des Gläubigers Einwendungen nicht vorgebracht habe, die dem Schuldner diesem gegenüber zustanden. Gelingt dem Schuldner die Möglichkeit dieser Einwendungen zu beweisen, so wird man billigerweise den Dritten dagegen nicht schützen dürfen. Wie er den Gläubiger zum großen Teil in eigenem Interesse befriedigt, so tut er dies auch auf eigene Gefahr. Will er sich sicherstellen gegen etwaige Nachteile beim Regreß, so soll er sich vor Befriedigung des Gläubigers beim Schuldner erkundigen, inwieweit der Gläubiger überhaupt ein Recht auf Befriedigung hat.

Insoweit der Schuldner den Anspruch des Gläubigers bestreitet, darf der Dritte denselben nicht befriedigen. Tut er es dennoch, so tut er es auf eigene Gefahr. Das ergibt sich bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben und über Haftung für Verschulden in Vertragsverhältnissen. (§§ 157, 242, 276 B. G. B.; ebenso Vischer 31.)

Eine allgemeine Nachrichtpflicht besteht also nicht, ist aber geboten im Interesse des Dritten.

In einem etwa stattfindenden Prozesse bietet die Streitverkündung ein wirksames Mittel, sich den Regreßanspruch gegen den Schuldner zu sichern.

Eine weitere Frage ist die, ob mit dem Übergang der Forderung auf den Dritten dem Schuldner gegenüber eine neue Verjährung beginnt oder ob die einmal begonnene Frist weiter läuft. Bejaht wird die Frage u. a. von Manthey[1]) und Joseph[2]), verneint von den meisten. (U. a. Planck, Anm. 4 zu § 774, Dernburg, preuß. Privatrecht § 245, Seite 755, Roth, Seite 56.)

Mantey begründet das Weiterlaufen der Verjährung damit, daß die Einreden, die zur Zeit des Übergangs der Forderung bestehen, mit übergehen auf den neuen Gläubiger, dies gelte mithin auch für die Einrede der Verjährung. Dies ist zwar dann richtig, wenn die Forderung, bevor sie überging, bereits verjährt war. Und der Schuldner hat dem Dritten gegenüber dann auch diese Einrede. War die Verjährung aber noch nicht beendet, so bestand auch zur Zeit des Übergangs noch keine Einrede, eine solche konnte also auch nicht mit übergehen[3]).

[1]) Manthey, Seite 553.
[2]) Joseph, Seite 7.
[3]) Ebenso Vischer, Seite 21.

Wir dürfen mithin nicht von Einrede sprechen. Vielmehr kann man wohl mit Roth (S. 56) sagen, daß die Verjährungszeit, die bereits gelaufen ist, der Forderung als Akzessorium anhaftet.

„Es ist ja keine neue Forderung, die der Dritte erwirbt, vielmehr ist es eine actio, die bereits nata war."

Durch den Akt der Befriedigung selbst und des Überganges der Forderung wird — schon nach allgemeinen Regeln — mithin keine neue Verjährung beginnen, vielmehr läuft die einmal begonnene Verjährung fort.

Ebenso äußert sich das Reichsgericht gelegentlich der Frage des Übergangs von Rechten gemäß § 10 des Unfallfürsorgegesetzes: „Geht der Anspruch des Verletzten auf einen anderen über, so ist das auf den Beginn und den Verlauf der Verjährung überhaupt ohne Einfluß." (R. G. Bd. 63, S. 388.)

Endlich sei noch kurz darauf hingewiesen, daß die Verjährung dieses Anspruchs verschieden sein kann von der Verjährung des Anspruchs auf Grund eines etwa zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Beide sind voneinander ganz unabhängig.

b) Alle diese soeben besprochenen Einreden stehen dem Schuldner zu, wenn er seinen Ersatzanspruch geltend macht als die auf ihn übergegangene Forderung des Gläubigers.

Wie wir gesehen haben, steht ihm daneben möglicherweise noch auf Grund eines Vertragsverhältnisses mit dem Dritten ein Ersatzanspruch zu.

Soweit er sich darauf stützt, hat natürlich der Schuldner ihm gegenüber die Einreden, die sich aus diesem Rechtsverhältnis ergeben. Und diese Einreden stehen ihm auch zu, wenn der Dritte seinen Regreßanspruch durch den gesetzlichen Übergang begründet. Denn wir haben gesehen, beide Ansprüche stehen zwar völlig getrennt nebeneinander; bei der prozessualen Geltendmachung kann aber von jeder Partei auf das eine oder das andere Rechtsverhältnis zurückgegriffen werden. Dabei muß natürlich stets berücksichtigt werden, inwieweit die Einrede an sich zulässig ist. So wird der Schuldner demjenigen gegenüber, der sich in seinem Auftrag für ihn verbürgt hat und daraufhin auch gezahlt hat, zwar einwenden können, er habe dem Gläubiger gegenüber aufrechnen können, wenn der Dritte sich auf § 774 stützt. Nicht dagegen, wenn der Dritte seinen Anspruch als selbständigen auf § 670 des Bürgerlichen Gesetzbuches gründet.

Denn die Aufrechnung mit einem dem Schuldner gegen einen anderen als dem Gläubiger zustehenden Anspruch ist ausgeschlossen. (R. G. 59, S. 209.) Am häufigsten wird es vorkommen, daß der Schuldner dem Dritten gegenüber einwendet, er, der Dritte, sei ihm, dem Schuldner gegenüber verpflichtet gewesen, den Gläubiger zu befriedigen. Er habe demgemäß auch keinen Regreßanspruch. Aber auch andere Einwendungen werden ihm oft zustehen. Darauf weiter einzugehen, würde zu weit gehen. Denn so verschiedenartig die rechtlichen Beziehungen im Rechtsleben sind, so mannigfach können die daraus entstehenden Einwendungen sein.

Festgehalten werden muß vor allem daran: Auch beim gesetzlichen Übergang der Forderung müssen dem Schuldner alle Einwendungen bleiben, die ihm gegen den Dritten zustehen.

Dem Schuldner gegenüber ist es im wesentlichen ohne Einfluß, ob die Forderung durch Vertrag abgetreten oder ob sie kraft Gesetzes übergeht.

Anders steht es dem bisherigen Gläubiger gegenüber. Ihm gegenüber ist es von großer Wichtigkeit, ob er die Forderung freiwillig abgetreten hat oder ob sie ohne seinen Willen auf den Dritten kraft Gesetzes übergegangen ist. Beide Fälle werden vom Gesetz sehr verschieden behandelt.

Dies ist weiter unten eingehender zu erörtern.

§ 10.

Umfang des Ersatzanspruchs auf Grund des gesetzlichen Eintritts in die Rechte des befriedigten Gläubigers.

So haben wir denn gesehen, in welcher Beschaffenheit die Forderung auf den Dritten übergeht und wie demnach sein Ersatzanspruch dem Schuldner gegenüber gestaltet ist. Während nun qualitativ die Behandlung des gesetzlichen Ersatzanspruchs vom Gesetz einheitlich geregelt ist, besteht bezüglich des quantitativen Überganges für die einzelnen hier in Betracht kommenden Fälle ein Unterschied und die Subrogationsfälle lassen sich dadurch in zwei Gruppen scheiden:

Bei der einen geht der Anspruch des Gläubigers dem Schuldner gegenüber auf den Dritten über, soweit dieser jenen befriedigt hat, also ohne Rücksicht auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis.

Bei der anderen Gruppe wird dagegen die Höhe der übergehenden Forderung weiter noch davon abhängig gemacht, inwieweit der den Gläubiger befriedigende von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann.

Dieser Zusatz findet sich in den §§ 426 und 774.

Das Gesetz drückt sich bei beiden verschieden aus. Dort heißt es ganz allgemein, „soweit der Dritte befriedigt" — hier ist der Zusatz gemacht: „und vom Mitschuldner Ersatz verlangen kann."

Damit ist ganz deutlich ausgedrückt, daß beide Gruppen verschieden behandelt werden sollen. Während demnach bei der zweiten Gruppe die gesetzliche Bestimmung keine andere Auslegung zuläßt, als daß nur in Höhe des Ausgleichungsanspruchs der Übergang vor sich geht, kann man bei den übrigen Fällen zweifelhaft sein: Geht die Forderung ganz über oder ebenfalls nur in Höhe des Ersatzanspruchs?

Ich glaube, man wird nicht fehlgehen, wenn man sich für ersteres entscheidet. Einmal spricht dafür schon der Wortlaut des Gesetzes. Denn daß ein diesbezüglicher Zusatz bei der Redaktion des Gesetzbuches versehentlich weggelassen ist, dürfen wir wohl kaum annehmen. Ferner aber bleibt ja von dem gesetzlichen Übergang, wie wir sehen werden, das etwa zugrunde liegende Rechtsverhältnis völlig unberührt.

Der Schuldner kann also ebenso wie der Dritte ohne weiteres darauf zurückgreifen. Ihm bleiben, wie bereits ausgeführt ist, vor allem alle Einreden aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis erhalten. Damit wird er ohne weiteres eine eventuell zu hohe Ersatzforderung des Dritten auf den diesem zukommenden Betrag reduzieren können.

[Ebenso Staudinger, Anm. 3 zu § 268:

Der Übergang ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn zwischen dem Dritten und dem Schuldner ein Verhältnis bestand, kraft dessen der Dritte den Gläubiger zu befriedigen verpflichtet war[1]). Ebenso Planck, Anm. 3a zu § 774.

[1]) Vergl. Seuffert, Arch. Bd. 62 Nr. 84.

Anderer Meinung ist Dernburg, S. 400:

„Ein Übergang der Forderung findet nur statt, soweit ein Ersatzanspruch des Zahlenden materiell begründet ist."

Derselben Ansicht ist Siber[1]).

Und zwar begründet Siber seine Ansicht damit, daß er sagt, der persönliche Schuldner würde die hiernach auf den nicht regreßberechtigten Eigentümer übergegangene Forderung stets mit einer Einrede zurückschlagen können.

„Das Fortbestehen einer durch Einrede entkräfteten Forderung ist aber nicht nur komplizierter, als ihr Erlöschen, sondern auch durch kein berechtigtes Interesse geboten."

Das ist aber falsch.

Das berechtigte Interesse ist vorhanden, nämlich in der Regelung der Beweislast, wie weiter unten auszuführen sein wird.

Wenn auch wirtschaftlich dieser Umweg vielleicht nicht gerechtfertigt ist, vom juristischen Standpunkt aus ist er nicht zu umgehen.

Man darf nicht den Übergang an sich mit den Einwendungen verwechseln, die der Hauptschuldner gegen die übergegangene Forderung hat.

Der Richter hat zu prüfen, inwieweit der Dritte den Gläubiger befriedigt hat, nicht inwieweit das Regreßrecht sonst begründet ist, eventuelle Einreden muß der Schuldner vorbringen.]

Welche praktischen Konsequenzen sind daraus zu ziehen? Wie schon erwähnt, ist die verschiedene Behandlung der beiden Gruppen wichtig für die Beweislast. Geht nämlich die Forderung über, soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, ohne Rücksicht auf etwaige Ausgleichungsansprüche, so hat der Dritte — abgesehen von den übrigen Voraussetzungen — bei Geltendmachung der Ersatzansprüche lediglich zu beweisen, daß er den Gläubiger befriedigt hat.

Ist ihm dieser Beweis gelungen, so ist damit nachgewiesen, daß er die Forderung desselben in dieser Höhe erworben hat und daß ihm ein dahingehender Ersatzanspruch zusteht.

Wendet der Schuldner ein, auf Grund des zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Vertragsverhältnisses stehe dem Dritten ein geringerer oder gar kein Ersatzanspruch zu, so liegt dieser Beweis

[1]) Siber, Seite 246.

ihm ob. Er muß beweisen, welcher Art dieses Vertragsverhältnis ist, er muß beweisen, um welchen Betrag der Anspruch des Dritten gemindert wird. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so besteht die Vermutung, daß dem Dritten ein Ersatzanspruch zusteht in der Höhe, in der er den Gläubiger befriedigt hat.

Anders bei der Gruppe, wo der Übergang der Forderung noch weiter davon abhängt, in welcher Höhe der Dritte von seinem Mitschuldner Ersatz beanspruchen kann. Auch hier muß er allerdings vor allem beweisen, daß er den Gläubiger befriedigt hat. Dies genügt aber noch nicht. Ihm liegt auch noch der fernere Beweis ob, daß und in welcher Höhe er von den übrigen Mitverpflichteten Ersatz verlangen kann.

Während dieser Beweis dort den Schuldner trifft, ist hier die Beweislast gerade umgekehrt. Gelingt dem Dritten dieser Beweis nicht, so wird vermutet, daß er gar keine Ansprüche dem Schuldner gegenüber hat. Von welcher Bedeutung diese verschiedene Regelung der Beweislast ist, liegt auf der Hand. Gerechtfertigt wird sie dadurch, daß dort der Dritte den Gläubiger befriedigt, ohne rechtlich von vornherein dazu gezwungen zu sein. Der Gläubiger hat in erster Linie von einem anderen Befriedigung zu erlangen. Er kann den Dritten nicht unmittelbar zur Zahlung zwingen. [Eine Ausnahme bietet der selbstschuldnerische Bürge!] Dieser leistet vielmehr mehr oder weniger freiwillig.

Im Falle aber, daß der Dritte von vornherein Mitschuldner ist, liegt die Sache anders. Hier ist er verpflichtet, eine eigne Schuld zu tilgen. Der Gläubiger kann sich von vornherein an ihn halten. Der Dritte wäre, wenn keine Mitschuldner da wären, unmittelbar gehalten, den Gläubiger ganz zufriedenzustellen. Daß eventuelle Mitschuldner da sind, ändert an seinem Verhältnis dem Gläubiger gegenüber nichts. Höchstense in internes Verhältnis zwischen ihm und dem Mitschuldner gibt ihm ein Recht, einen Teil dessen, was er an den Gläubiger gezahlt hat, zurückerstattet zu verlangen. In dieser Höhe also kann die Forderung auf ihn übergehen. Auf ein Mehr hat er keinen Anspruch.

Dementsprechend gehen auch die mit der Forderung etwa verbundenen Nebenrechte nur in dieser Höhe auf den Dritten über. Denn wir haben vorhin gesehen, daß diese, weil Akzessorien der Forderung, in Höhe dieser auf den Dritten übergehen. Hat nun der

Dritte einen entsprechend geringeren Ersatzanspruch, so gehen auch die Sicherungen nur bezüglich dieses geringeren Teils auf den Dritten über. Der Rest bleibt denen, denen die übrige Forderung zusteht, also den Mitschuldnern, und da die Forderung in dieser Höhe, weil in einer Hand vereinigt, erloschen ist, geht auch das Pfandrecht usw. in gleicher Höhe unter.

§ 11.

Vergleich zwischen dem gesetzlichen und dem vertraglichen Ersatzanspruch.

Wir haben oben gesehen, daß dem Dritten zwei Möglichkeiten offenstehen, seine Ansprüche dem Schuldner gegenüber durchzusetzen: Einmal auf Grund des gesetzlichen Überganges, dann aber auch auf Grund eines etwa zwischen beiden bestehenden Vertragsverhältnisses. Vergleichen wir beide, so finden sich mannigfache Unterschiede.

Wenn wir zuerst die Voraussetzungen, die der Dritte beweisen muß, um mit seinem Ersatzanspruch durchzudringen, bei beiden Rückgriffsrechten prüfen, so ergibt sich, daß der Dritte, wenn er sich auf ein zugrunde liegendes Rechtsverhältnis stützt, die Existenz eines solchen und die Zahlung beweisen muß. Stützt er sich dagegen auf den gesetzlichen Übergang, so hat er lediglich zu beweisen, daß er befriedigt hat. Es ist für den Dritten daher der Rückgriff kraft abgeleiteten Rechts erheblich leichter gemacht, als der kraft eigenen Rechts.

Was weiter den Umfang der Ersatzansprüche anbetrifft, so ist er bei beiden in mancher Hinsicht verschieden. Auf Grund des gesetzlichen Übergangs steht dem Dritten ein Anspruch zu genau in der Höhe, in der er den Gläubiger befriedigt hat. Lediglich Ersatz der Leistung, die dem Gläubiger zuteil geworden ist, muß der Schuldner dem Dritten gewähren. Wenn sich der Dritte dagegen auf das etwa zugrunde liegende Vertragsverhältnis stützt, kann er möglicherweise mehr beanspruchen, z. B. Ersatz von Aufwendungen, Zinsen, Prozeßkosten usw.

Der Umfang ist also hier unbeschränkter. Der Übergang kraft Gesetzes bietet wiederum andere Vorteile.

Wie bereits oben dargelegt, gehen mit der Forderung alle für sie bestehenden Nebenrechte über. Der Gläubiger erlangt dadurch

also möglicherweise eine bedeutend größere Sicherheit, als wenn er sich nur auf den vertraglich begründeten Ersatzanspruch stützt. Wir sehen also, beide Ansprüche sind durchaus nicht gleich geartet, und der Dritte wird teils mit dem einen, teils mit dem anderen mehr erreichen.

Wichtiger wird heute meist der Anspruch aus dem Übergange sein, weil hier dem Dritten der Beweis, daß er einen Ersatzanspruch hat, in der Regel leichter zu führen sein wird.

Da es aber dem Dritten freisteht, auf welchen Ersatzgrund er sich stützen will, so steht es ihm auch frei, beide nebeneinander geltend zu machen.

Damit ist selbstverständlich ausgeschlossen, daß er denselben Anspruch zweimal geltend machen darf; aber soweit der eine den anderen übersteigt, kann er ohne weiteres insoweit geltend gemacht werden.

Wenn ferner der Dritte aus den eben angeführten zwei Gründen Ersatzansprüche gegen den Schuldner hat, und mit dem einen ist beispielsweise ein Pfandrecht usw. verbunden, mit dem anderen nicht, so steht es ihm natürlich frei, den Anspruch geltend zu machen, für den das Pfand nicht haftet.

Ist er damit durchgedrungen, so muß man billigerweise dem Schuldner gestatten, daß er die Herausgabe des Pfandes vom Dritten verlangen darf, und zwar Zug um Zug gegen seine Zahlung.

Denn der Schuldner hat zwar bei erneuter Geltendmachung dem Dritten gegenüber die exceptio doli, nicht aber gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der durch Pfand gesicherten Forderung.

(Entsprechendes gilt für die Hypothek; hier kann der Schuldner löschungsfähige Quittung verlangen.)

Die prozessuale Geltendmachung beider wird oft nicht ganz einfach sein, und der Richter wird oft nicht wissen, auf welche von beiden Ansprüchen sich der Kläger stützt, wenn er nun den äußeren Hergang erzählt. Mit Recht wird man mit Schollmeyer (S. 71) sagen müssen, daß der Richter in solchem Falle annehmen muß, der Kläger stelle die ihm günstigste Klage an.

Wird ferner der Kläger mit einer der beiden Klagen abgewiesen, so kommt es für die weitere Frage, ob er nun noch auf Grund des anderen Anspruchs klagen kann, darauf an, aus welchem Grunde die erste Klage abgewiesen ist[1]).

[1]) Ebenso Schollmeyer, Seite 72.

Geschah dies aus prozessualen Gründen, so wird in der Regel nichts der anderweitigen Geltendmachung im Wege stehen.

Wird er dagegen abgewiesen, weil der Geltendmachung der Forderung persönliche Einreden entgegenstehen, so wird dem Dritten auch die Durchführung seines anderen Ersatzanspruchs unmöglich gemacht sein, lediglich ein etwaiger Mehrbetrag könnte möglicherweise gefordert werden.

§ 12.

Die Kollisionsklausel.

Ist nun die Forderung in der eben behandelten Form auf den Dritten übergegangen, so ist ihre Geltendmachung doch nach zwei Richtungen hin wesentlich eingeschränkt: einmal zugunsten des Schuldners, dann aber auch im Interesse des Gläubigers.

Über die jenem zustehende Einreden ist bereits gesprochen.

Was den zweiten Punkt anbelangt, so findet sich im Gesetz in allen Fällen die Bestimmung: „Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden."

Schon im römischen Recht darf der cessus die actio cessa nicht geltend machen, wenn dadurch etwa der Gläubiger benachteiligt wurde. Und ebenso galt im französischen Recht der Satz: „nemo subrogat contra se."

Art. 1252 Code civil: der in den vorhergehenden Sätzen zugelassene Rechtseintritt wirkt wider den Bürgen sowohl als wider den Schuldner, er bringt dem Gläubiger, der zum Teil befriedigt ist, keinen Nachteil. „En ce cas il peut exercer ses droits, pour ce que lui reste dû, par préférence à celui, dont il n'a reçu qu'un paiement partiel [1])."

Wenn wir zuerst nach dem Grund fragen, der den Gesetzgeber zu dieser den Schutz des Gläubigers bezweckenden Regelung bestimmt hat, so haben wir einmal nur nötig, daran zu denken, in wessen Interesse der Dritte den Gläubiger befriedigt. Abgesehen von der Bürgschaft und Gesamtschuld ist der Dritte in keinem Fall verpflichtet, an den Gläubiger die vom Schuldner geschuldete Leistung zu bewirken.

[1]) Vergl. Zeitschrift für frz. Zivilrecht Bd. 31, Seite 173.

Stets ist nur von einem Recht die Rede. Und wenn der Dritte dieses Recht ausübt, muß er sich darüber klar sein, daß er bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners den Schaden ganz zu tragen hat.

In dem andern Falle (§§ 426, 774) dagegen ist er verpflichtet, an den Gläubiger zu zahlen. Und wie für einen Gläubiger sonst keinerlei Nachteil entstehen soll, wenn der Schuldner an ihn zahlt, so auch hier nicht.

Auch erhält er ja nur das, was ihm gebührt, was er auch vom Schuldner beanspruchen konnte, aber auch nicht mehr. Es liegt für ihn kein wirtschaftlicher Vorteil darin, daß er die Leistung vom Dritten und nicht vom Schuldner erhält. Es wäre deshalb auch aus diesem Grunde unbillig, ihm möglicherweise noch Nachteile aufzubürden im Interesse des Dritten. Der Gläubiger kann ja auch nicht hindern, daß der Dritte eintritt. Er würde in Verzug geraten. Nicht ein freiwilliger Vertrag zwischen beiden liegt vor, wie wir eben gesehen haben, vielmehr tritt der Dritte ohne weiteres, ja selbst gegen den Willen des Gläubigers, in seine Stellung ein. Die Verpflichtung zur Gewährleistung resultiert aber nicht aus der Zession als solcher, sondern sie ist eine Folge des Zessionsvertrages. In der Bestimmung über die Zession (§ 398 ff.) ist nicht die Rede von einer solchen Haftung, diese ergibt sich vielmehr aus den allgemeinen Bestimmungen. Da aber bei der Zession kraft Gesetzes ein Vertrag nicht vorliegt, so kann auch von einer auf diesen gegründeten Haftung nicht die Rede sein[1]).

In Ausführung dieses gesetzgeberischen Gedankens erklärt Weißbart[2]) den Grund dazu in der Weise, daß er sagt, die Forderung sei dem Gläubiger gegenüber getilgt, nicht übergegangen auf den Dritten. Ihm gegenüber besteht wenigstens die Forderung „insoweit nicht mehr, als der Bestand ihm Nachteil bringt. Es liegt ein Fall relativer Nichtigkeit eines kraft Gesetzes geschaffenen Zustands vor."

Allerdings haftet diese Einschränkung der Forderung erst an, wenn sie geltend gemacht wird.

Was bedeutet nun diese Bestimmung „nicht zum Nachteil des Gläubigers?" Nachteil in diesem Sinne heißt jede Verschlechterung seiner Vermögenslage, sei es nun, daß ihm tatsächlich irgendwelche

[1]) Gruchot XI, Seite 893.
[2]) Weißbart, Seite 53.

Vermögenswerte, zu denen natürlich auch die Durchführbarkeit einer Forderung rechnet, geschädigt werden, sei es, daß ihm die Geltendmachung von Ansprüchen seinerseits erschwert wird, aber auch jeder nicht vermögensrechtliche Nachteil gehört hierher.

A. In erster Linie ist durch diese Bestimmung vom Gesetz ausgesprochen, daß eine Haftung des Gläubigers dem Dritten gegenüber ausgeschlossen ist. Der Dritte zahlt ja freiwillig, also hat er es auch sich selbst zuzuschreiben, wenn er dadurch eine nur mangelhafte Forderung dem Schuldner gegenüber erwirbt. Vom Gläubiger kann man, da er gegen den gesetzlichen Übergang nichts tun kann, nicht obendrein noch verlangen, daß er irgendwelche Gewähr übernimmt dafür, daß der Dritte mit seinem Ersatzanspruch späterhin durchdringen wird. (Allerdings müssen auch hier, wie wir sehen werden, gewisse Einschränkungen Platz greifen.)

Denn wir haben oben gesehen, daß die Übertragung der Forderung und der Übergang einer solchen kraft Gesetzes sich lediglich unterscheiden durch den Grund der Zession.

Die Zession an sich, der Zessionsakt, ist bei beiden derselbe. Und daraus erhellt auch, daß dort kraft des zugrunde liegenden Vertrages eine Haftung begründet ist, hier dagegen fehlt dieser, und aus dem abstrakten Zessionsakt allein läßt sich keine Haftung herleiten. Nicht die „Wirkung der Zession", sondern des Zessionsvertrages, der causa cessionis ist die Haftung. (Gruchot XI, 893.)

Und ebenso sagt Schliemann richtig (Schliemann, die Haftung des Zedenten. Ein Beitrag zur Lehre von der Zession. 2. Ausgabe Rostock und Schwerin. S. 16ff.): Zunächst ist hervorzuheben, daß der Zedent als solcher, d. h. weil er zediert hat, nie zu einer Haftung verbunden sein kann. . . . . Der Zedent haftet dem Zessionar nur aus demselben Grunde, aus welchem er die Zession vorgenommen hat." Daraus ergibt sich also der Grund, weshalb die Haftung des Gläubigers dem Dritten gegenüber ausgeschlossen ist im Fall des gesetzlichen Überganges.

Und auch die Motive sprechen das deutlich aus (II, S. 127): „Geht eine Forderung unmittelbar kraft des Gesetzes auf einen neuen Gläubiger über, so findet keinerlei Haftung des bisherigen Gläubigers weder für den rechtlichen Bestand, noch für die Güte der Forderung statt. Auf Grund der cessio necessaria allein tritt keine Haftung des bisherigen Gläubigers ein."

Betrachten wir nun im einzelnen, ob und inwieweit die Haftung des Gläubigers ausgeschlossen ist, so haftet er zweifellos gar nicht für Bonität des Schuldners. Denn schon bei der vertraglichen Übertragung der Forderung haftet der Zedent nur dann für Bonität, wenn er diese Haftung vertragsmäßig übernommen hat, und auch dann gilt diese Haftung nur für Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Zession. Viel geringer ist natürlich die Haftung des Gläubigers bei der gesetzlichen Zession, da ja hier, wie wir gesehen haben, gar kein Vertrag vorliegt. (Ebenso Dernburg, S. 401. „Der Gläubiger hat weder für das Bestehen des Schuldverhältnisses, noch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu haften." Ebenso Oertmann, Anm. 5 zu § 268.)

Nur dann wenn der Gläubiger bei der Befriedigung durch den Dritten vertraglich die Haftung für Bonität des Schuldners übernommen hat, haftet er dem Dritten, aber nicht etwa auf Grund des Forderungsübergangs, sondern auf Grund des besonders zwischen beiden abgeschlossenen Garantievertrages.

Nicht ganz so unbedingt ausgeschlossen ist die Haftung des Gläubigers für Verität der Forderung. Allerdings muß man auch hier davon ausgehen, daß eine solche Haftung des Gläubigers vom Gesetz ausdrücklich im § 437 nur für den Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts aufgestellt ist. Und es ergibt sich daraus auch hier, daß diese Haftung keine Folge der Zession als solche, als vielmehr eine Haftung des Verkäufers, also eine Haftung aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse ist.

Da nun hier beim gesetzlichen Übergang von einem solchen Vertrage keine Rede ist, so kann auch aus dieser cessio legis als solcher irgendwelche Haftung nicht hergeleitet werden. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß außervertraglich der Gläubiger irgendwie vom Dritten haftbar gemacht werden kann. In Betracht kommen wird hier vor allem ein Regreß des Dritten, wenn der Gläubiger ihn in den Glauben versetzt hat, die Forderung gegen den Schuldner bestehe, während dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist, und dadurch den Dritten — direkt oder indirekt — veranlaßt, von seinem Eintrittsrecht Gebrauch zu machen und den Gläubiger zu befriedigen. Man denke an den Fall, daß der Gläubiger auf irgendeine Weise die Zwangsvollstreckung beginnt in einem im Besitze des Dritten befindlichen Gegenstand, ohne hierzu berechtigt zu sein.

Der gutgläubige Dritte zahlt an den Gläubiger und erfährt nachher, daß dieser gar nicht berechtigt war, diese Sache pfänden zu lassen, daß ihm vielleicht gegen den Schuldner gar keine Forderung zustehe. In diesem Falle darf man nicht soweit gehen, jede Haftung des Gläubigers dem Dritten gegenüber auszuschließen. Schon im A. L. R. § 444 I 11 ist bestimmt, daß der Gläubiger, der den Dritten durch Betrug zur Zahlung veranlaßt hat, demselben haftbar sei.

Eine Verpflichtung, den Dritten auf Mängel der Forderung aufmerksam zu machen, kann allerdings nicht aufgestellt werden. Aber man muß dieses Regreßrecht dem Dritten auch nach geltendem Recht zubilligen.

Die Bestimmung „nicht zum Nachteil des Gläubigers" darf nicht einseitig so weitgehend ausgelegt werden, daß sie den Gläubiger von jeder Haftung befreit. Allerdings müssen wir immer wieder, wenn von einer Haftung die Rede ist, daran festhalten: nicht auf Grund der Zession, sondern auf Grund außerhalb derselben liegenden Umstände kann eine solche trotzdem begründet werden.

Fällt in den hier in Betracht kommenden Fällen dem Gläubiger ein doloses Handeln zur Last, so hat der Dritte, wenn er mit seiner Ersatzforderung wegen Nichtbestehens der Hauptforderung nicht durchdringt, dem Gläubiger gegenüber Anspruch auf Schadenersatz auf Grund des § 823 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dies dürfte keinem Zweifel unterliegen.

Aber selbst, wenn dem Gläubiger ein Verschulden nicht zur Last fällt, wenn er selbst gutgläubig den Dritten dazu bestimmt hat, von seinem Eintrittsrecht Gebrauch zu machen, ist dem Dritten m. E. ein Ersatzanspruch dem Gläubiger gegenüber dann nicht zu versagen, wenn er wegen Nichtbestehens der Hauptforderung vom Schuldner keinen Ersatz erlangen kann.

Mit der condictio indebiti kann er das an den Gläubiger geleistete zurückerlangen; denn der angeblich behaupteten Forderung desselben stand eine peremtorische Einrede entgegen.

Gemäß § 813 des Bürgerlichen Gesetzbuches muß dies Rückforderungsrecht auch dem Dritten, der gutgläubig die Leistung an Stelle des Schuldners bewirkt hat, zugebilligt werden.

B. Die Bestimmung, daß die Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann, bedeutet aber noch mehr, als den bloßen Ausschluß der Haftung, wie er eben besprochen

wurde. Wie wir gesehen haben, finden gemäß § 412 des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes die meisten Vorschriften über die vertragliche Übertragung der Forderung Anwendung [1]).

Der Gläubiger muß also unter anderem dem neuen Gläubiger, also dem Dritten, die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, ausliefern (§ 402).

Durch positive Gesetzesbestimmung gilt dies also auch für den Gläubiger beim gesetzlichen Übergang und er kann sich im allgemeinen nicht davon befreien, wenn er sagt, dies gereiche ihm zum Nachteil. Trotzdem ist die Kollisionsklausel in vielen Fällen auch hier von Wichtigkeit.

Es läßt sich eine große Anzahl von Fällen denken, wo tatsächlich dem Gläubiger durch diese Verpflichtungen Nachteile erwachsen können.

Betrachten wir zuerst die Auskunftspflicht näher!

Durch ein Vertragsverhältnis, auf dem ja die ursprüngliche Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner in unseren Fällen beruht, werden zwischen beiden oft Verhältnisse geschaffen, die Dritten gegenüber geheim gehalten werden sollen. Der Gläubiger hat oft ein großes Interesse daran, daß ihm kein Unberufener in die Karten guckt, sei es nun aus privatem Interesse oder, was häufiger der Fall sein wird, aus Geschäftsinteresse.

Wenn er verpflichtet wäre, diese dem Dritten ganz auseinander zu setzen, würde er in die Lage kommen, Geschäftsgeheimnisse preiszugeben, die der Dritte, der möglicherweise sogar ein Konkurrent des Gläubigers ist, zum Nachteil des Gläubigers ausbeuten kann.

Und es kann in solchem Falle wohl von einem berechtigten Interesse des Gläubigers an der Geheimhaltung dieser Beziehungen die Rede sein.

Hier kommt ihm die Bestimmung des Gesetzes zu Hilfe: sobald er beweist, daß ihm die Auskunfterteilung zum Nachteil gereichen würde, kann er zu dieser nicht gezwungen werden.

Allerdings ist dies im einzelnen Falle eingehend vom Richter zu prüfen und ein allgemeines Weigerungsrecht zur Auskunfterteilung kann daraus nicht hergeleitet werden.

[1]) Stolzenberg, Seite 93.

Aus dem gleichen Grunde wird der Gläubiger auch die Herausgabe von Urkunden, die zum Beweise der Forderung dienen, bisweilen ablehnen können. Allerdings darf man hierin nicht zu weit gehen.

Sicherlich ist er dem Dritten dann unbedingt zur Herausgabe verpflichtet, wenn sich die Forderung dem Schuldner gegenüber nur durch die betreffenden Urkunden beweisen läßt.

Den gleichen Erfolg wird meist eine beglaubigte Abschrift haben; doch wird in manchen Fällen diese nicht ausreichen. (Man denke an die Fälle, wo es auf die persönliche Unterschrift des Schuldners ankommt.)

Daß der bisherige Gläubiger eine solche beglaubigte Abschrift auszustellen verpflichtet ist, wird allgemein anerkannt. Dagegen will Planck (Anm. I zu § 402) dem Dritten noch weitergehende Rechte bezüglich der Urkunden einräumen. Er ist der Ansicht, daß der Ablösende Einräumung des Mitbesitzes fordern könne.

Dabei geht Planck sicher aus von der Bestimmung des § 952 des Bürgerlichen Gesetzbuches, der bestimmt, daß mit der Übertragung der Forderung das Eigentum am Schuldschein und anderen Beweisurkunden, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, auf den Erwerber übergehe. Demnach müsse auch bei nur teilweisem Übergang teilweise das Eigentum übergehen und Miteigentum entstehen. Dem ist aber m. E. mit Dernburg (S. 325) nicht beizustimmen. Denn § 444 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt für den Verkauf eines Grundstückes, daß der Verkäufer eines Grundstückes dem Käufer diejenigen Urkunden nicht herauszugeben braucht, deren Inhalt sich auch auf andere Angelegenheiten erstreckt. Da man hier nach dem Wortlaut des Gesetzes Miteigentum an diesen Urkunden kaum konstruieren kann, muß dies auch für § 402 ausgeschlossen sein. (Ebenso Stolzenberg, S. 91.)

§ 13.

Die Kollisionsklausel bei teilweisem Forderungsübergang.

Die hauptsächlichste Bedeutung hat diese vom Gesetz aufgenommene Kollisionsklausel in allen den Fällen, wo ein Teil der dem Gläubiger bisher zustehenden Rechte auf den Dritten übergeht, der Rest aber dem Gläubiger verbleibt. An diese Fälle ist auch bei

Einführung der Kollisionsklausel zuerst gedacht und es ist dadurch eine gesetzliche Rangordnung für das Verhältnis vom Gläubiger und Dritten dem Schuldner gegenüber geschaffen: In allen Fällen, wo der Dritte aus dem Übergang der Forderung Rechte geltend macht, kann ihm der Gläubiger entgegenhalten, daß diese Geltendmachung ihm nicht zum Nachteil gereichen darf. Dies gilt sowohl für die Nebenrechte, wie auch für die Hauptforderung.

In Betracht kommen hier nämlich zwei Gruppen:

1. die Forderung, für die ein Pfandrecht usw. besteht, geht ganz auf den Dritten über, die Nebenrechte bestehen aber außerdem noch für andere dem Gläubiger zustehende Forderungen, und
2. der Fall: Von der bestehenden Forderung geht nur ein Teil auf den Dritten über, der Rest verbleibt dem Gläubiger.

Beide Punkte unterliegen im wesentlichen den gleichen Bestimmungen.

Bei Betrachtung des ersten Punktes müssen wir wieder davon ausgehen, daß grundsätzlich gemäß § 412 in Verbindung mit § 401 mit der abgetretenen Forderung die Hypotheken und Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den Dritten übergehen. Dies gilt ohne weiteres da, wo der Dritte den Gläubiger wegen der diesem zustehenden Forderung gegen den Schuldner in voller Höhe befriedigt und ein Pfandrecht usw. nur für diese Forderung besteht.

Dann geht dieses in voller Höhe auf den Dritten über. Er kann Herausgabe des Pfandobjektes, bei Briefhypotheken Herausgabe des Hypothekenbriefes vom Gläubiger verlangen, ohne daß dieser ein Zurückhaltungsrecht daran hat.

Im römischen Recht hatte der Gläubiger trotzdem noch das Rückbehaltungsrecht, wenn ihm gegen den Schuldner noch weitere Ansprüche zustanden, auch wenn für diese das Pfandrecht nicht bestellt war. (Pignus Gordianum.) Heute ist dieses Retentionsrecht ausgeschlossen, da Voraussetzung dafür nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vor allem Konnexität der Forderung ist.

Der Gläubiger kann sich auch keinesfalls darauf stützen, daß ihm die Herausgabe an den Dritten zum Nachteil gereichen würde. Auch an den Schuldner müßte er ja das Pfand herausgeben, wenn er von ihm Befriedigung erhalten würde. Wegen anderer ihm zustehender Ansprüche könnte er keine Befriedigung aus der Pfandsache suchen.

Die Stellung des Dritten darf aber in dieser Beziehung um nichts schlechter sein, als die des Schuldners. Nicht zum Nachteile des Gläubigers soll der gesetzliche Übergang geltend gemacht werden, aber auch keine Vorteile sollen für den Gläubiger erwachsen, auf die er keinen Anspruch hat.

Anders verhält es sich dann, wenn das Pfand außer für die übergegangene Forderung noch für eine andere Forderung bestellt ist. Diesem Falle gleich steht es, um dies gleich hier vorweg zu erwähnen, wenn nur ein Teil der Forderung, für die ein Pfand bestellt ist, auf den Dritten übergegangen ist, der Rest aber dem Gläubiger auch fernerhin zusteht. Auch hier gehen die Pfandrechte mit der Forderung auf den Dritten über, aber nur diejenigen Nebenrechte, die für die übergegangene Forderung bestehen, oder deutlicher ausgedrückt: soweit sie für diese bestehen. Also nur in der Höhe gehen die Pfandrechte usw. über, der Rest verbleibt dem Gläubiger. Theoretisch wäre dies demnach fortan in der Weise, daß der ideelle Anteil am Pfande, soweit der Dritte die zugrunde liegende Forderung erworben hat, diesem zusteht, in Höhe des Restes bliebe der ideelle Anteil am Pfandobjekt beim Gläubiger. Während nun aber mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung beide Anteile nebeneinander bestehen, also gleichen Rang haben würden, greift hier die positive Gesetzesbestimmung wieder Platz: der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden. Er hat demnach den Vorrang vor dem Dritten, und zwar kraft gesetzlicher Vorschrift. Dies wird von praktischer Bedeutung dann nicht werden, wenn das Pfandobjekt für beide Forderungen volle Sicherheit bietet, wenn beide, Gläubiger und Dritter, kein oder gleiches Interesse haben am Pfandverkauf oder an der Zurückbehaltung desselben. Anders aber, wenn eine Kollision der Interessen beider eintritt: dann hat stets der Dritte dem Gläubiger den Vorrang einzuräumen.

Setzen wir diese theoretische Erörterung in die Praxis um, so werden wir sehen, daß bedeutsame Konsequenzen daraus gezogen werden müssen.

a) Betrachten wir zuerst die Wirkung bei dem Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Gemäß § 1250 geht auch hier mit dem gesetzlichen Übergang der Forderung das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger, also hier auf den Dritten, über.

Während nun in dem Fall, wo die Forderung mit dem ganzen Pfandrecht übergeht, der Dritte nach § 1251 die Herausgabe der Pfandsachen verlangen könnte, liegt der Fall hier anders.

An der Pfandsache würden, wenn nur eine der Forderungen, für die diese haftet, übergeht, mehrere Pfandrechte bestehen. Wenn nun der Gläubiger und der Dritte gleichen Rang hätten, würde in Ansehung des Rechts auf die Pfandinnehabung eine Rechtsgemeinschaft eintreten. Beide hätten, abgesehen von der Größe der Anteile, für die die Pfandsache haftet, die gleichen Rechte. Der Dritte würde mithin Einräumung des Mitbesitzes, eventuell Hinterlegung der Pfandsache bei einem Dritten verlangen können. Er hätte ferner das Recht, die Pfandsache zu verkaufen, sobald seine Forderung fällig ist. Dadurch könnten möglicherweise die Rechte des Gläubigers sehr gefährdet werden, z. B. dann, wenn seine ihm verbliebene Forderung, für die das Pfand ebenfalls haftet, erst später fällig ist.

Diese nachteiligen Folgen für den Gläubiger zu beseitigen, dient die vom Gesetz geschaffene Rangfolge von Gläubiger und Dritten: im Verhältnis zu jenem ist der Dritte nachstehender Pfandgläubiger und er kann seine Rechte nur unbeschadet der Rechte des Gläubigers ausüben. Da der Dritte also dem Gläubiger im Range nachsteht, ist dieser nicht verpflichtet, dem Dritten das Pfand herauszugeben, auch nicht zum Zwecke des Verkaufs. (§ 1232.)

Selbst wenn die Forderung des Gläubigers später fällig ist, als die des Dritten, kann er nicht zur Herausgabe der Pfandsache gezwungen werden.

(Unbeschadet bleibt natürlich das Ablösungsrecht des nachstehenden Gläubigers gemäß § 1249 des Bürgerlichen Gesetzbuches.)

Hat jedoch der Gläubiger die Pfandsache nicht im Besitz, sondern ein Dritter (Vierter), befindet er sich also nur im mittelbaren Besitz, so kann er, wenn er selbst den Pfandverkauf noch betreiben kann oder will, dem Verkauf durch den Dritten nicht widersprechen, vielmehr kann er nur sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse geltend machen. (§ 1232/2, § 1247.)

b) Im selben Sinne, wenn auch in wesentlich anderen Formen, wird der Schutz des Gläubigers dem Dritten gegenüber durchgeführt, wenn für die Forderung eine Hypothek bestellt ist. Auch hier geht ja, wie bereits oben dargelegt, die Forderung über mit der Hypothek. (§ 1153.) Geht aber nur ein Teil der Forderung über, erwirbt der

Dritte auch nur den mit diesem verbundenen Teil der Hypothek. Und wieder wird durch die gesetzliche Kollisionsklausel das Rangverhältnis zwischen beiden Teilen der Hypothek in der Weise festgelegt, daß der dem Gläubiger verbleibende Teil den Vorrang hat vor dem übergehenden Teil. Mit dem Übergang der Teilforderung hat also der Dritte zwar einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches und, wenn ein Brief ausgestellt ist, auf Erteilung eines Teilhypothekenbriefes sowie auf einen Vermerk auf dem Brief des Gläubigers. Zugleich kann aber der Gläubiger die Eintragung des Rangverhältnisses im Grundbuch, sowie den Vermerk derselben auf dem Brief verlangen, eventuell steht ihm ein dahingehender Berichtigungsanspruch zu.

Gesetzt nun den Fall, daß der Dritte die Zwangsvollstreckung betreibt wegen des ihm zustehenden Teils der Hypothek, kann der Dritte vor allem vorzugsweise Befriedigung verlangen, also beanspruchen, daß — auch wenn dieses Rangverhältnis nicht eingetragen ist — seine Forderung den Vorrang hat vor der des Dritten. Aber sein Recht geht weiter.

Sobald er begründeten Zweifel hat, daß der Ertrag aus dem Grundstück zurzeit, vielleicht wegen ungünstiger Konjunktur usw., nicht zur vollen Befriedigung führen wird, kann er mit dem Einwand, die Versteigerung gereiche ihm zum Nachteil, den Dritten dazu zwingen, den Versteigerungsantrag zurückzunehmen.

Zum Übergang der Hypothek ist die Form des § 1154 nicht erforderlich. Er vollzieht sich vielmehr kraft Gesetzes. Denn in § 1154 ist nur die Rede von der vertraglichen Abtretung. Die Erteilung eines Teilbriefes wirkt hier dagegen nicht konstitutiv, sondern nur deklaratorisch. (Ebenso Weißbart, Seite 54.)

Bei der Hypothek müssen wir aber noch weiter gehen. Ebenso wie an einer Pfandsache mehrere Pfandrechte bestehen können, haftet ein Grundstück und dies wird bei weitem häufiger der Fall sein für mehrere Hypotheken, die unter Umständen alle dem einen Gläubiger zustehen können. Gesetzt nun den Fall, daß ein Dritter den Gläubiger befriedigt wegen einer diesem zustehenden hypothekarisch gesicherten Forderung, so würde, wenn dem Gläubiger noch andere, diesem aber nachstehende, hypothekarisch gesicherte Forderungen zustehen, der Dritte mit seiner Hypothek kraft des im Grundbuch geltenden Rangverhältnisses den Vorrang haben vor den anderen, dem Gläubiger zustehenden Forderungen. Auch hier wird man soweit gehen müssen,

dem Gläubiger wegen der anderen Hypotheken den Vorrang einzuräumen vor dem Dritten.

Es mag dies zuerst zweifelhaft sein. Denn mit den übrigen Hypotheken hat ja der Dritte gar nichts zu tun. Ihm liegt ja nur daran, die der ersten Hypothek zugrunde liegende Forderung, für die er sich vielleicht verbürgt hat, zu tilgen. Mit den anderen will er gar nichts zu tun haben. Aber wenn man zurückgeht auf den Grund, der den Dritten zur Zahlung und Befriedigung des Gläubigers bei dieser Forderung veranlaßt, so wird man stets zu der oben dargelegten Folgerung kommen. So hart dies erscheinen mag: die konsequente Durchführung des Grundgedankens läßt keine andere Entscheidung zu.

C. Wir kommen nun zum dritten Nebenrecht, das mit der Hauptforderung auf den Dritten übergeht: zur Bürgschaft. Bei ihr bieten sich bei nur teilweisem Übergang der Forderung weniger Schwierigkeiten als bei den eben behandelten Akzessorien. Soweit der Bürge herangezogen wird, hat er zuerst den Gläubiger, dann erst den Dritten zu befriedigen; der Gläubiger ist dem Dritten zur Ausstellung einer beglaubigten Abschrift der Bürgschaftserklärung verpflichtet, die Urkunde selbst braucht er, da sie auch für ihn noch nötig ist, nicht herauszugeben. Zahlt der Bürge trotzdem zuerst an den Dritten, kann der Gläubiger dem widersprechen unbeschadet der Rechte, die er eventuell nach trotzdem geschehener Zahlung gegen den Dritten hat. Darauf wird später einzugehen sein.

Eine in praktischer Beziehung einfachere, darum aber nicht minder wichtige Bedeutung kommt der Kollisionsklausel zu für die Hauptforderung selbst, sei es nun, daß sie nur teilweise übergegangen ist auf den Dritten, sei es, daß neben der übergegangenen Forderung noch andere desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner zustehen. Fälle ersterer Art werden vorliegen, wenn z. B. der Gläubiger im Fall des § 268 die Zwangsvollstreckung nur wegen eines Teils seiner Forderung betrieb, oder wenn der Bürge sich nur für einen Teil der Hauptsumme verpflichtet hat, ferner wenn der Unterhalt an den Unterhaltsberechtigten nur teilweise nicht gezahlt wird u. a. m.

In allen diesen Fällen gilt der Grundsatz: Der Dritte darf seine Ersatzforderung nur geltend machen, soweit er dadurch die Lage des Gläubigers nicht verschlechtert. Im übrigen gilt im wesentlichen das gleiche, was bereits für die Nebenrechte ausgeführt ist.

§ 14.

Die Kollisionsklausel im Falle eines Konkurses.

Während die Durchführung des Ersatzanspruchs gewöhnlich auf Grund oben aufgeführter Auseinandersetzungen im wesentlichen geklärt sein dürfte, ist ihr eine eigenartige Behandlung im Falle des Konkurses des Hauptschuldners zuteil geworden. Die Stellung des Dritten der Konkursmasse gegenüber ist naturgemäß davon abhängig, ob er den Gläubiger vor oder nach der Konkurseröffnung, und weiter davon, ob er ihn ganz oder nur teilweise befriedigt hat.

A. Wenn der Dritte den Gläubiger vor der Konkurseröffnung ganz befriedigt hat, so steht diesem ein Anspruch gegen die Konkursmasse nicht mehr zu, die Forderung ist auf den Dritten übergegangen und er kann seine Forderung ganz als Konkursforderung anmelden.

B. Wenn er dagegen den Gläubiger erst befriedigt, nachdem der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet ist, so ist sein Regreßanspruch abhängig davon, ob der Gläubiger seine Forderung zur Konkursmasse angemeldet hat oder nicht.

Der Dritte tritt durch die Befriedigung unmittelbar in die Stellung des Gläubigers der Konkursmasse gegenüber ein. Denn ein Wechsel in der Person des Konkursgläubigers ist ohne weiteres zulässig. (R. G. 3,40.) Hat dieser nun seine Forderung im Konkurse noch nicht angemeldet, so steht dies Recht dem Dritten in vollem Umfange zu.

Er kann in voller Höhe seinen Regreßanspruch geltend machen. Hat dagegen der Gläubiger seine Forderung angemeldet, darf der Schuldner nicht daneben noch seinen Ersatzanspruch geltend machen. Denn dann würde dieselbe Forderung im Konkurs zweimal geltend gemacht, die Konkursdividende würde ohne Berechtigung gemindert.

C. Es ist nun aber auch möglich, daß der Dritte den Gläubiger nur teilweise befriedigt hat, oder daß er ihn zwar wegen einer Forderung ganz befriedigt hat, während dem Gläubiger gegen den Schuldner noch andere Forderungen zustehen. In diesem Falle fragt es sich, inwieweit der Dritte seine Rechte dem Schuldner gegenüber geltend machen kann und inwieweit er daran durch die Bestimmung gehindert wird, daß die Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Es ist auch hier streng zu unter-

scheiden, ob die Teilzahlung erfolgt ist vor der Eröffnung des Konkurses oder nachher.

Hat der Dritte vor Eröffnung des Verfahrens dem Gläubiger einen Teil der diesem gegen den Schuldner zustehenden Forderung bezahlt, so ist dadurch, wie wir gesehen haben, dieser Teil auf den Dritten übergegangen und der Gläubiger hat nur wegen des Restes einen Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner. Gemäß § 3 der Konkurs-Ordnung hat er also auch nur wegen des Restes Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse.

Selbst dann, wenn mehrere Schuldner ihm auf das Ganze haften, darf er in jedem der diese betreffenden Konkurse nur den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte. (§ 68 K. O.) Er kann also nur den zur Zeit des Konkursbeginns noch unberichtigten Schuldbetrag liquidieren.

Wie steht es aber mit der Stellung des Dritten dem Konkurse gegenüber? Des Dritten, der doch bezüglich der gezahlten Forderung Regreß nehmen kann dem Schuldner gegenüber?

Als solcher steht er der Konkursmasse gegenüber wie jeder andere.

Es erhebt sich nur die Frage: Darf er seine Forderung geltend machen, wenn der Gläubiger sich am Konkurs beteiligt? Hindert ihn daran nicht die Bestimmung, daß die übergegangene Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann? Wenn Jäger[1]) behauptet, in diesem Fall sei in Höhe der Teilzahlung der Dritte ausschließlich Konkursgläubiger, so ist dies allerdings richtig. Aber auch hier dürfen wir die Kollisionsklausel nicht ausser acht lassen. Denn der Gläubiger ist natürlich schlechter gestellt als Konkursgläubiger, wenn der Dritte seine Forderung ebenfalls geltend macht, als wenn er dies nicht tut. Die Konkursdividende wird im ersteren Fall geringer sein, als wenn der Masse eine größere Forderung, hervorgerufen durch Anmeldung der Regreßforderung seitens des Dritten, entgegensteht. Ob diese Differenz ganz gering ist oder ob sie groß ist, darauf kommt es für die genaue rechtliche Behandlung nicht an. Andererseits hätte der Gläubiger s. Z., als er Teilzahlung vom Dritten erhielt, vom Schuldner vielleicht gar nichts erhalten und würde jetzt ebenfalls den Rest als eigene Forderung anmelden müssen. Er würde also, wenn der Dritte ganz gehindert sein sollte, seine Forderung geltend zu machen, durch den Übergang Vorteile er-

[1]) Jäger, K. O. § 3, Anm. 11.

langen, eine Folge, die vom Gesetzgeber nicht gewollt ist, wie wir gesehen haben. Außerdem würden auch die ganz unbeteiligten Gläubiger Vorteil haben. Denn der Dritte würde ganz ausfallen, da er ja seine Forderung nicht anmelden darf. Wir sehen also, beide Ansichten sind zu extrem und man muß deshalb einen Mittelweg einschlagen: Der Dritte darf sich mit seiner Forderung am Konkurse beteiligen, aber der Gläubiger darf dadurch nicht benachteiligt werden. Der Dritte muß vielmehr den Betrag, um den sich die Dividende durch seinen Beitritt verringert, dem Gläubiger bezahlen.

Im übrigen erhält er dieselbe anteilsmäßige Befriedigung, wie jeder andere Gläubiger.

Ein Beispiel mag dies erläutern: Beträgt die Forderung des Gläubigers Mk. 200.—, die des Dritten Mk. 100.— und sind vielleicht außerdem noch Mk. 700.— Forderungen da, während die Konkursmasse Mk. 500.— beträgt, so erhält jeder der Beteiligten 50%.

Hätte der Dritte sich nicht beteiligt, würde sich die Dividende auf $55^1/_2$% erhöht haben; somit hat er an den Gläubiger, zu dessen Nachteil er ja die Forderung geltend gemacht hat, $5^1/_2$% der Forderung des Gläubigers herauszuzahlen. So kompliziert dieses Resultat erscheinen mag, die konsequente Durchführung der Kollisionsklausel läßt keine andere Entscheidung zu.

Unberührt bleiben natürlich Einreden nach der einen oder der anderen Richtung hin, die sich auf Grund besonderer Umstände ergeben. Stets muß aber m. E. die oben aufgestellte Grundregel beobachtet werden. Sicherlich ist die Meinung Roth's (Roth, S. 58), daß der geringe Betrag der Konkursdividende, der durch die Teilnahme eines neuen Gläubigers entsteht, nicht als nachteilig im Sinne des § 774 (usw.) angesehen werden können, ganz ungenau und daher durchaus zu verwerfen.

D. Während sich das bisher erwähnte nur auf den Fall bezog, wo der Dritte *vor* der Konkurseröffnung den Gläubiger befriedigt hat, gestaltet sich seine Stellung wesentlich anders, sobald der Dritte den Gläubiger *nach* der Konkurseröffnung teilweise befriedigt, also zu einer Zeit, zu der der Gläubiger seine ganze Forderung bereits angemeldet hat. Kann der Dritte in diesem Falle neben dem Gläubiger, der die Konkursdividende für seine volle Forderung erhält, auch noch für seinen Regreßanspruch, der sich auf die gesetzlich übergegangene Forderung stützt, konkursmäßige Befriedigung verlangen? Diese Frage

ist in den früheren Rechten sehr verschieden beurteilt. (Vergl. die gute Übersicht, R. G. XIV, 39.)

Die vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts haben sich schließlich in einer Plenarentscheidung vom 15. Februar 1886 gegen die Zulässigkeit der doppelten Geltendmachung ausgesprochen. Und was dort ausgeführt ist, kann man wohl unbedenklich auch für die heute geltende Konkursordnung gelten lassen. Die Entscheidung geht davon aus, daß außerhalb des Konkurses der Schuldner in jedem Fall nur verpflichtet ist, die betreffende Forderung einmal zu zahlen, und zwar entweder an den Gläubiger, oder, soweit ein Dritter diesen befriedigt hat, an den Dritten.

Die eine Verpflichtung hängt von der anderen ab, und zwar derart, daß der Schuldner entweder an den Gläubiger oder an den regreßberechtigten Dritten zu zahlen hat. Die Schuld ist somit für ihn eine einheitliche, und zwar gleichgültig, ob die Regreßforderung sich auf Rechtsgeschäfte oder auf Gesetz gründet. Überträgt man dies auf den Fall, daß der Schuldner in Konkurs geraten ist, so muß man konsequenterweise auch hier sagen: Der Konkursmasse stehen die beiden Forderungen als eine einheitliche gegenüber.

Die Konkursmasse als nunmehrige Schuldnerin darf nicht wegen derselben Forderung zweimal in Anspruch genommen werden. Mit Unrecht wird eingewendet, daß die nur teilweise erfolgende Befriedigung des Gläubigers durch die Konkursmasse die Sachlage anders gestalte. „Man beachtet dabei nicht die eigentümlichen Wirkungen des Konkurses, zufolge deren die Zahlung der vollen Dividende für die Konkursmasse der vollen Zahlung gleich zu achten ist."

Diese eigentümlichen Wirkungen sind im Wesen des Konkursrechts begründet und müssen eintreten, wenn der Zweck derselben, allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleichmäßige Befriedigung zu verschaffen, erreicht werden soll; es würde mit diesem Zweck im offensten Widerspruch stehen, wenn für eine Schuld, welche außerhalb des Konkurses nur einmal gezahlt ist, doppelte Dividende gewährt werden müßte.

Der Dritte darf also seinen Regreßanspruch nicht neben dem Anspruch des Gläubigers geltend machen. Vielmehr steht ihm lediglich das Recht zu, einem entsprechenden Ersatzanspruch vom Gläubiger zu verlangen. Und zwar wird sich die Höhe desselben ebenso berechnen, wie oben für den Fall der vorherigen teilweisen Befriedigung. Denn auch hier gilt die Kollisionsklausel.

Daß der Dritte im allgemeinen einen entsprechenden Teil und nicht nur den Betrag, um den die Konkursdividende die Restforderung des Gläubigers übersteigt, zu fordern hat, ergibt sich durch arg. e. contr. § 68,3 der K. O.

Dieser § 68 bestimmt nämlich, daß in dem Fall, wo mehrere Personen vorhanden sind, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, und über das Vermögen einer derselben oder mehrerer das Konkursverfahren eröffnet ist, — daß dann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen kann, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte. Diese Bestimmung bezieht sich, wie der Wortlaut ergibt, lediglich auf die Fälle, wo von vornherein mehrere Verpflichtete nebeneinander vorhanden sind, nicht aber subsidär.

Vor allem fallen hierunter nicht die Fälle, wo ein Dritter zwar das Recht, nicht aber die Pflicht hat, den Gläubiger zu befriedigen. In Betracht kommen also vor allem Mitbürgen und Gesamtschuldner. Warum ist für diese gerade eine Ausnahme vom Gesetz statuiert? Nun, einmal haftet ja jeder derart Mitverpflichtete dem Gläubiger bis zur Vollbefriedigung gleichmäßig.

Könnte er auch Abtretung eines entsprechenden Teils der Dividende wie oben verlangen, so würde ihm dies ja nichts nützen: für den Ausfall des Gläubigers muß er ja doch aufkommen. Im Gegenteil, je mehr der Gläubiger aus dem Konkurse erhält, um so weniger braucht der Dritte zu zahlen.

Aber noch ein anderer Gesichtspunkt war maßgebend bei Schaffung dieser Bestimmung. Da die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner gemäß § 422 des Bürgerlichen Gesetzbuches für alle wirkt, so kann der Gläubiger, wenn er teilweise Befriedigung von einem Mitverpflichteten erhält, von den übrigen nur noch wegen des Restes Erfüllung verlangen, somit im Konkurse eines der Mitverpflichteten nur noch die Dividende für den ungetilgten Restbetrag beanspruchen.

„Die Folge wäre die, daß er selbst dann keine Vollbefriedigung erzielte, wenn die mehreren Massen hundert oder auch mehr als hundert Prozent ergeben." (Jaeger, K. O. § 68, Anm. 1.)

Aus diesem Grunde ist vom Gesetz bestimmt, daß in solchen Fällen der Dritte im Konkurse den ganzen Forderungsbetrag, soweit er zur Zeit des Konkurses noch aussteht, geltend machen kann bis

zur Vollbefriedigung, daß er also nicht gezwungen wird durch Zahlungen außerhalb des Konkurses, seinen geltend gemachten Anspruch entsprechend zu mindern. Damit soll jedoch der Gläubiger nicht möglicherweise mehr erhalten als ihm gebührt, denn das Gesetz sagt ausdrücklich „bis zu seiner vollen Befriedigung."

Im Konkurse allerdings wird eine etwaige Teilzahlung außerhalb desselben für die Dividende nicht berücksichtigt. „Dem Konkurse" gegenüber besteht die Forderung in ihrem ursprünglichen Betrage. Die Stellung des Gläubigers richtet sich also auch fernerhin nach dem von vornherein geltend gemachten Betrag. Nur betreffs der aus dem Konkurs sich ergebenden Summe ist vom Konkursverwalter jede außerhalb des Konkurses geleistete Teilzahlung zu berücksichtigen[1]). Der Gläubiger darf durch den Konkurs nicht mehr erhalten, als er außerhalb desselben bekommen würde. Ist ihm aber mehr gezahlt, kann es mit der condictio indebit (§§ 812ff.) zurückgefordert werden.

Nur bezüglich dieses Überschusses hat derjenige der Mitverpflichteten, der die Teilzahlung geleistet hat, Anspruch auf Herausgabe von seiten des Gläubigers. Unberührt bleibt natürlich ein etwa begründeter Ersatzanspruch des Dritten den etwaigen Mitverpflichteten gegenüber.

§ 15.

Die Durchführbarkeit der Kollisionsklausel.

Nachdem wir nun gesehen haben, wie sich der Dritte bei Geltendmachung seines Ersatzanspruchs dem Schuldner gegenüber zu verhalten hat, um nicht mit den Interessen des Gläubigers zu kollidieren, müssen wir weiter fragen, welche Mittel diesem zu Gebote stehen, um den Dritten zu zwingen, so zu handeln, und wie er möglicherweise, wenn der Dritte trotzdem pflichtwidrig seine Ersatzansprüche geltend macht, den ihm dadurch erwachsenen Schaden von jenem ersetzt bekommt. Was das erstere anbelangt, wird man dem Gläubiger aus dem Gesetz heraus einen Anspruch darauf zugestehen müssen, daß er vom Dritten verlangen kann, seine Rechte nicht bezw. noch nicht geltend zu machen, dabei muß der Gläubiger allerdings einwandsfrei nachweisen, daß ihm die Geltendmachung des Ersatz-

[1]) R. G. 9,77.

anspruchs Nachteil bringen würde, ein Beweis, der nicht immer leicht zu führen sein wird.

Keinesfalls aber kann man, wie Weißbart[1]) behauptet, vom Richter verlangen, daß er die Rechte des Gläubigers von Amtswegen wahrnimmt. Das Gericht hätte viel zu tun, wollte es alle etwaigen Rechte anderer von Amtswegen berücksichtigen. Das muß der Gläubiger selbst tun, und er hat ja, wie wir gesehen haben, auch die Mittel dazu, z. B. bei Grundstückspfandrechten steht ihm das Recht auf Eintragung seines Vorranges zu[2]). Hat der Dritte aber trotzdem, vielleicht ohne daß der Gläubiger etwas davon wußte, seine Ansprüche durchgeführt, kann der Gläubiger seinen ihm entstandenen Nachteil vom Dritten ersetzt verlangen.

Wie aber führt er diesen durch?

Bereits oben haben wir gesehen, daß von einem Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Dritten nicht die Rede ist. Auf Grund eines solchen stehen also dem Gläubiger keinerlei Anspruch gegen den Dritten zu.

Dagegen wird er zu seinem Recht kommen auf Grund des § 812, soweit der Dritte nicht schuldhaft gehandelt hat.

In diesem Falle würde dieser nämlich unmittelbar haften aus § 823 des Bürgerlichen Gesetzbuches, da er schuldhaft ein Recht des Gläubigers verletzt hat. (Stammler, Seite 205.)

Wenn Weißbart (S. 54) behauptet, der Gläubiger hätte dem Dritten gegenüber nicht die condictio indebiti, weil er nicht aktiv legitimiert ist, kann man ihm hierin m. E. nicht beipflichten. Denn wenn auch der Dritte durch die Leistung des Gläubigers nicht bereichert wird, so erlangt er sicherlich durch die Zahlung des Schuldners auf Kosten des Gläubigers etwas, ohne daß ihm dieses rechtlich zusteht. Und wenn dies der Fall ist, greift auch § 812 B. G. B. Platz.

Sehr bestritten ist, ob diese Kollisionsklausel nur gilt, soweit der Dritte gegen den Schuldner vorgeht auf Grund des gesetzlichen Übergangs, oder ob sie auch Geltung hat, wenn der Dritte aus dem etwa bestehenden Rechtsverhältnis gegen diesen klagt. Die erstere Ansicht ist die herrschende und dürfte auch wohl die richtige sein. Denn einmal ist, wie Roth (S. 58) richtig bemerkt, diese Pflicht des Schuldners,

[1]) Weißbart, Seite 53.
[2]) Ebenso Stolzenberg, Seite 96.

nicht zu ungunsten des Gläubigers zu handeln, nur beim gesetzlichen Übergang ausgesprochen. Ferner aber kann, wie wir gesehen haben, der Dritte, sobald er den Gläubiger befriedigt hat, gegen den Schuldner seine Ansprüche geltend machen, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen beiden bestand, auch wenn der gesetzliche Übergang nicht statuiert wäre. Der gesetzliche Übergang ist geschaffen zugunsten des Dritten, aber mit der Einschränkung zugunsten des Gläubigers. Wenn nun der Dritte sich gar nicht auf diesen zu seinem Vorteil aufgestellten Übergang stützt, darf man ihm auch nicht die damit verbundenen Nachteile aufbürden.

Bezieht er sich also klagend auf das zugrunde liegende Vertragsverhältnis, darf ihm auch die Kollisionsklausel nicht entgegengesetzt werden. (Ebenso Roth, S. 58. Dagegen Vischer, Schweizer Recht, S. 47.)

Streitig ist endlich, ob die Kollisionsklausel nur zugunsten des Gläubigers oder auch zugunsten seines Rechtsnachfolgers wirksam ist, d. h., ob der Rangvorzug des Restgläubigers ein dauerndes, absolutes mit der Restforderung verbundenes Vorzugsrecht ist, oder nur zugunsten des ursprünglichen Gläubigers wirksam ist, aber wegfällt, sobald an Stelle des Gläubigers ein anderer tritt.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes könnte man ja schließen, daß nur zugunsten des Gläubigers diese Bestimmung getroffen ist; wenn man aber berücksichtigt, daß die Rechte des Dritten ohne Grund wachsen würden, wenn der Gläubiger die Forderung überträgt, daß auch diese Kollisionsklausel an der Restforderung haftet und nur zu ihrem Vorteil besteht, wird man wohl zu dem Ergebnis kommen müssen: Auch dem Rechtsnachfolger des Gläubigers gegenüber darf die Forderung nicht zum Nachteil geltend gemacht werden.

Bei all dieser ihrer Bedeutung für den Gläubiger darf man der Kollisionsklausel jedoch auch keinen allzuweiten Spielraum einräumen. Stets muß der Gläubiger nachweisen, daß ihm die Geltendmachung des Ersatzanspruchs zum Nachteil gereicht und zwar, daß dieser Nachteil nicht eingetreten wäre, wenn der Dritte nicht in das Schuldverhältnis eingetreten wäre. Es genügt also nicht die bloße Behauptung, daß ihm ein Nachteil entstehe, der Gläubiger muß dies vielmehr beweisen.

Nachteile, die die Forderung an sich schon bringt, die also nicht erst durch den Übergang entstanden sind, können nicht abgelehnt

werden. Er muß, wie wir gesehen haben, Auskunft erteilen, muß Beweisdokumente herausgeben, eventuell beglaubigte Abschriften erteilen.

Wenn ferner der Dritte den Gläubiger wegen eines vorläufig vollstreckbaren Anspruchs befriedigt hat, so kann der Gläubiger das Verbleiben im Prozeß nicht verweigern, mit der Begründung, dies sei Nachteil aus dem Übergange.

Denn auch, wenn nicht der Dritte, sondern der Schuldner den Anspruch befriedigt hätte, müßte der Gläubiger trotzdem im Prozesse weiter verbleiben. (Weißbart.)

Es sollen ihm ja keine Vorteile aus dem gesetzlichen Übergang erwachsen, nur nicht zum Nachteil soll der Schuldner handeln. Daß auch ein Ersatzanspruch des Dritten dem Gläubiger gegenüber begründet sein kann, haben wir bereits oben dargelegt.

§ 16.

Schluß.

Wir stehen am Schlusse dieser Abhandlung.

Wie der gesetzliche Eintritt Dritter vom heutigen Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt ist und welche Forderungen sich aus diesen Gesetzesbestimmungen ergeben, das nachzuweisen ist versucht worden.

Betrachten wir die Ergebnisse, so wird man, glaube ich, zufrieden sein mit der heutigen Regelung. Bei folgerichtiger Auslegung und richtiger Anwendung wird man stets zu Resultaten kommen, die der Billigkeit entsprechen.

Ob man für eine etwaige spätere Neuregelung wünschen soll, daß die so verstreut im Gesetz sich befindenden Bestimmungen über den Eintritt Dritter kraft Gesetzes in einen einheitlichen Rahmen gefaßt werden, soll dahingestellt bleiben.

Bei den so ganz verschiedenartigen Voraussetzungen dazu dürfte eine solche Zusammenfassung zum mindestens große Schwierigkeiten bereiten.

Das aber wäre wünschenswert, daß in redaktioneller Hinsicht alle hier erwähnten Fälle gleich behandelt werden, daß also entweder überall von den Einreden, die erhalten bleiben sollen, die Rede ist oder nirgends.

Die jetzt vorhandene Verschiedenheit läßt sich durch nichts rechtfertigen und verleitet leicht zu falschen Schlüssen.

Aber auch heute schon muß an dem gemeinschaftlichen Gesichtspunkt und an der sich daraus notwendig ergebenden Einheitlichkeit festgehalten werden.

Dann, aber auch nur dann, werden die Ergebnisse zufriedenstellend sein.